





SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME II, PARTE II.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO II.

Delle donazioni tra vivi e dei testamenti.

CAPITOLO TERZO

DELLE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

1. Il Codice dopo avere trattato ad un tempo delle donazioni e dei testamenti nei tre primi capitoli di questo titolo, e consacrato esclusivamente il quarto alle donazioni, tratta specialmente nel quinto delle disposizioni testamentarie.

Il capitolo vien diviso in otto sezioni.

Le due prime trattano della *forma* dei testamenti (la prima, dei testamenti ordinarii, e l'altra, dei privilegiati).

La terza sezione offre la triplice classificazione dei legati in *universali*, *a titolo universale*, o *a titolo particolare;* e le tre seguenti trattano separatamente di coteste tre classi.—La settima sezione si occupa degli *esecutori testamentari*. —La ottava in fine prevede la revoca dei legati e la loro caducità.

SEZIONE PRIMA

DELLE REGOLE GENERALI SULLA FORMA DEI TESTAMENTI

2. Non ci pare che possa giustificarsi interamente questa rubrica, qualunque sia il significato che si desse alle parole *Regole generali*. Se con esse si intendano le regole comuni a tutti i testamenti, compresi i privilegiati, sarà falsa pel più degli articoli della sezione, avvegnacchè le loro regole non possano applicarsi ai testamenti privilegiati; se s'intendano le *regole ordinarie*, quelle a cui si fa eccezione pei testamenti privilegiati, sarà pur falsa, giacchè le disposizioni degli articoli 967 e 968 (892 e 893) sono evidentemente applicabili a qualsiasi testamento. Il vero è che la nostra sezione contiene insieme alcune regole comuni a tutti i testamenti ed altre applicabili solo ai testamenti ordinari.

967 (892).— Qualunque persona potrà disporre per testamento, tanto a titolo di

istituzione d'erede, quanto a titolo di legato, o con qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà.*

3. Sappiamo che in Roma e nelle nostre antiche provincie di dritto scritto, era necessario che il defunto avesse istituito uno erede propriamente detto perchè fossero valide le sue disposizioni; e senza la istituzione non vi era testamento. Era questa la prima formalità da compire: *ante omnia requirendum est*, diceva Caio, *an institutio haeredis solemni more facta sit* (Comm., II. 116). Per l'opposito le nostre consuetudini francesi negando alla volontà dell' uomo il dritto di fare eredi, dichiaravano delle volte nulla qualunque disposizione di ultima volontà che erasi fatta nella forma di istituzione di erede (1).

4. Il Codice rigettando nel merito la regola del dritto romano per seguire l'altra del dritto nazionale, lascia la maggiore latitudine in ordine alla forma. Così per la sostanza l'art. 1002 (928) dichiara conforme al dritto consuetudinario che un testamento non possa contenere altro che legati, e che quelli che il defunto chiama, qualsiasi la denominazione lor data, saranno sempre semplici legatari e non mai eredi; per ciò che si attiene alla forma il nostro art. 967 (892) dichiara che un testamento potrà farsi validamente tanto col titolo di *istituzione di erede* che col titolo *di legato*.

Il Codice non è contento della scelta accordata fra le due espressioni, ma lascia, come abbiam detto, la più grande latitudine per l'uso delle parole: ognuno può testare con qualsivoglia denominazione *atta a manifestare la sua volontà*. Così abbia detto il testatore: Istituisco *N erede*, *o fo N legatario dei miei beni*, *ovvero dò ad N ciò che lascerò alla mia morte*, *ovvero io voglio che N abbia il mio patrimonio dopo di me*, *ovvero è mio desiderio che N raccolga la mia eredità*; in breve, quali che sieno i termini adoperati dal defunto, e per quanto scorretta e bizzarra possa essere la scelta o l'ordinamento delle parole, vi sarà sempre un testamento valido (salvo il compimento delle altre regole) per ciò solo che l' atto indichi il modo con cui egli vuole che alla sua morte sien distribuiti in tutto o in parte i suoi beni, art. 895 (815).

968 (893).— Non si potrà fare un testamento da due o più persone nel medesimo atto, tanto a vantaggio di un terzo, quanto per disposizione reciproca.

5. L'ordinanza del 1735 (2) aveva proibito che si facessero più testamenti insieme per le difficoltà alle quali siffatto modo di testare dava origine; il Codice ha con ragione riprodotto nel nostro articolo cotal divieto.

Infatti quanto più individui si combinano per fare nello stesso atto il loro testamento, può sospettarsi che la disposizione dell'uno sia stata determinata da quella dell'altro. Se vi lego il mio patrimonio nell'atto in cui voi mi legate il vostro, senza fallo il legato da me fatto vi ha mosso a farmene uno simigliante; e viceversa se lascio i miei beni a Pietro con l'atto in cui dichiaro di lasciare i vostri a Paolo, la unità dell'atto deve far credere che noi ci siamo concertati per fare questa o quella disposizione dei nostri due patrimoni: se noi facciam testamento entrambi in favore

* L'interpetrazione de' testamenti è interamente rimessa al convincimento de' giudici del merito come ogni altra quistione di volontà. Corte Suprema di Napoli 5 agosto 1847.

(1) Chaulmont: « Institution d'héritier n'a point de lieu, à ce que testament soit valable (articolo LXXXIII). » — Vitry: « Au dit baillage, institution d' heritier, par testament n'autrement, n'a lieu (art. CI). » Meaux: Institution d'heritier n'a point de lieu (art. XXVII). » La istituzione non valeva nemmeno come semplice legato: *ne quidem in vim legati*.

(2) Vedi l'art. 77 di questa ordinanza nel *Codice Tripier* (art. 968).

di Luigi, il nostro comune intendimento è quello di riunire i nostri due patrimoni sul medesimo capo. Qualora in breve più testamenti si fanno nello stesso atto, è da presumersi il concerto delle volontà, la convenzione fra i disponenti; cotal che l'uno non avrebbe fatta la sua disposizione se l'altro non avesse consentito di far la sua. Ora a qual regola dovrà il legislatore sottoporre il testamento congiuntivo? Se egli dichiara (come faceva il parlamento di Parigi) che l'uno dei testatori non potrà revocare se non combinandosi con gli altri, sarebbe il medesimo che contraddire la natura del testamento che deve essere sempre revocabile a libito del testatore. Se dice (come il parlamento di Grenoble) che ciascun testatore sarà libero di revocare senza alcuna condizione, sarà lo stesso che autorizzare la frode e la infrazione della fede promessa. Conseguentemente il Codice riproduce la disposizione dell'ordinanza e stanzia come seconda regola di forma il divieto del testamento congiuntivo. « Bisognava si è detto nella *esposizione dei motivi* interdire una forma incompatibile con la buona fede, e con la indole dei testamenti » (Fenet, XII, pagina 553).

6. Il nostro articolo spesso è stato spiegato con la idea che dovendo il testamento farsi con piena libertà per parte del disponente, il legislatore aveva vietato il testamento congiuntivo perchè ciascun disponente vi era suggetto dall'ascendente di chi insieme a lui disponesse (Toullier, V-346; Vazeille, n.i 1 e 2, Demante, II, 341). Tale spiegazione è inesatta; perchè la donazione dev' esser pur l' opera del solo donante, eppure posson farsi insieme più donazioni nello stesso atto. Fa uopo dunque cercar la causa della disposizione del nostro articolo nella assoluta revocabilità del testamento, di che è prova che quando le donazioni diventano revocabili a libito dei disponenti quando son fatte da conjugi (articolo 1096 (1050)) il Codice vieta pure in tal caso di farli congiuntamente (articolo 1097 (1051)). Si è altrove veduta la esposizione dei motivi.

969 (894). — Un testamento può essere olografo, o fatto per atto pubblico, od in forma mistica.

7. Il Codice allontanandosi qui dal dritto consuetudinario e dall' ordinanza del 1735 ammette tre specie di testamenti: olografo, pubblico e mistico. In tutte e tre è necessario un atto scritto, come lo è altresì pei testamenti privilegiati, come vedremo nella seguente sezione.

Questa scrittura non è solo voluta per la prova della ultima volontà, ma per la forma dell' atto senza di cui il testamento non ha esistenza legale. Così, quando pure si trattasse di un legato minore di 150 franchi, sarebbe nullo se fatto verbalmente o in qualsivoglia altra forma fuor che quelle indicate dalla legge: nè si potrebbe mai farsene la prova per testimoni come pei contratti ordinari, art. 1341 (1295), nè completare con le testimonianze il cominciamento di prova per iscritto che si potrebbe avere (per modo di esempio, essendovi un testamento regolare, ma troppo oscuro perchè possa comprendersi, non potrebbe stabilirsi per testimoni qual fosse stata la volontà del defunto). Così pure quand' anche alcuno pretendesse che il defunto gli abbia fatto il tale legato, che non ha scritto per la promessa formale fatta dallo erede di eseguire la volontà di lui, egli nulla potrà domandare: in fatti, da una parte non v'è testamento, e dall' altra la promessa fatta dall' erede non può partorire una valida obbligazione, essendo una convenzione sopra una eredità non ancora aperta (art. 1130 (1084)).

8. L' ordinanza del 1539 (art. 1111) e una disposizione del 25 pratile anno XI vogliono che gli atti notarili che riguardino testamenti o contratti sieno scritti in francese: la qual regola si applicherà dunque ai testamenti pubblici e alla *sottoscrizione* del testamento mistico, art. 976 (902). Nulla vieta che il *testamento* mistico e lo olografo sieno scritti in lingue straniere.

970 (895). — Il testamento olografo non sarà valido, se non è scritto interamente, datato e sottoscritto di propria mano dal testatore: questo testamento non è soggetto ad alcun altra formalità.*

SOMMARIO

I. Innanzi tutto bisogna che l' atto fosse un testamento. Del resto si tratta della validità per la forma.
II. Della scrittura. Una sola parola di mano aliena vizia il testamento di cui fa parte. Non importa su che e come sia scritto il testamento.
III. Della data. Si costituisce con l' indicazione dell' anno, del mese e del giorno: dissenso con Coin-Delisle — Non importa il luogo della data: Dissenso con Toullier. — Quid se la data sia incompleta o inesatta?
IV. Della firma. — Basta quella che il testatore era uso di apporre sui suoi atti civili.
V. Il testamento può farsi con lettera missiva. — Osservazioni su i rimandi.
VI. Forza probante del testamento olografo.

I.—9. Il Codice riproducendo la regola della ordinanza del 1736 (art. 20) (1) permette qui il testamento *olografo* (da *grapho* scrivere, e *olos* intero) richiedendo tre condizioni per la sua validità cioè che sia *scritto* tutto dal testatore, *datato* da lui e *sottoscritto*. Innanzi di trattare delle difficoltà che da tali condizioni possano sorgere, faremo due importanti osservazioni.

La legge ci dice, o almeno deriva dal suo testo, per *a contrario* che con le condizioni volute è *valido il testamento* olografo; dunque è d' uopo pria d'ogni altra cosa che vi sia un testamento cioè una disposizione di tutti o parte dei beni che si lasceranno *alla morte*: non dice il Codice, che *qualunque* atto scritto, datato e sottoscritto da chi lo fa, *sarà un testamento valido*, ma che *qualunque testamento* scritto e sottoscritto dal suo autore *sarà valido*. — Spesso potrà essere difficile se un atto sia o pur nò un testamento, se il suo autore abbia voluto o pur nò disporre dei beni che lascerebbe alla sua morte, perchè il defunto non si sarà abbastanza spiegato; ma sarà sempre una quistione di fatto che i tribunali decideranno; valutate tutte insieme le circostanze, e le loro statuizioni non potranno mai esser soggette alla censura della Corte Suprema. Se il defunto formando l'atto scritto, datato e sottoscritto da lui, ha inteso testare, evvi realmente testamento, e in buona forma; se ciò non ha inteso fare, non v'è di certo un testamento (2).

10. La seconda cosa che volevamo osservare, è di una evidente verità, nè ha bisogno di essere indicata, cioè che la triplice condizione di essere il testamento olografo scritto, datato e sottoscritto dal testatore, ne assicura solo la validità *in ordine alla forma*, lasciando integre le quistioni di capacità del disponente, di disponibilità dei beni legati, ecc.

II.—11. Il testamento olografo perchè sia in buona forma dev' essere per intero scritto dalla mano del testatore: una sola parola che ne faccia parte, scritta da mano estranea, trarrebbe la nullità dell'atto; perchè in fatti quella parola farebbe sospettare che l'atto non fosse opera della sola volontà del testatore.

Perchè una parola scritta da un terzo infermi il testamento bisogna diciamo che ne faccia parte. Senza dubbio non è necessario che si trovi nello stesso corpo dell' atto; collocata in una interlinea o in

* D. 3 ottobre 1818. — 1° I testamenti olografi possono essere scritti in carta comune. — 2° Gli eredi ed i legatari non potranno farne uso e non potranno avere la loro esecuzione se non sieno prima vistati per bollo e registrati, pagandosi il solo dritto senza multa veruna.
— Il testamento olografo può farsi con lettera missiva; ed è indifferente che la data vi sia scritta nel principio o nel fine. Corte suprema di Napoli 26 giugno 1817.

(1) Vedi questa disposizione sotto l'art. 970(895), del *Codice Tripier*.

(2) Rig., 6 termidoro anno XII; Rig., 5 febbraro 1823; Cass., 21 marzo 1833.

postilla, trarrebbe similmente la nullità, essendo uno degli elementi che formano la frase a cui si riferisce: allora essa farebbe parte del testamento, nè si potrebbe più dire che questo sia scritto *per intero* di mano del testatore. Ma se qualche parola o anche qualche frase scritta da mano estranea nel testamento non facessero parte nell'atto, il quale senza di esse sarebbe pieno ed intero, esse non nuocerebbero alla sua validità; l' essere il mio testamento poscia che io lo abbia fatto, venuto nello mani di un terzo che ha pensato scrivervi qualche parola (o macchinalmente, o forse col disegno di renderlo inefficace) non può togliere che io abbia fatto un valido testamento. Ciò che forma allora il *testamento* è veramente scritto per intero dalla mia mano. Del resto, se le parole scritte da un terzo facciano o pur nò parte del testamento, sarebbe quistione di fatto che valuterebbero i magistrati.

Essendo il testamento scritto per intero di mano del testatore è compiuta la prescrizione della legge; e l'atto è valido in qualsiesi modo e su qualunque sostanza sia scritto. Così, sia su carta, su pergamena, su legno, su cartone, su bucato; scritto con l'inchiostro, col sangue, o con qualunque altro liquido, od anche col lapis; offra anche in gran numero abbreviazioni, somme in cifre, postille, interlinee, raschiature, giunte... tutto ciò non importa; bisogna che l'atto si possa leggere. Contenendosi nell'atto disposizioni di ultima volontà è desso un testamento; ed essendo scritto il testamento per intero (e poi datato e sottoscritto) di mano del suo autore è desso un testamento olografo valido.—Senza fallo se le raschiature, giunte, e le interlinee togliessero assolutamente di aver senso questa o quella frase sarebbero queste inefficaci, ma non perciò s' impedirebbe di eseguirsi le altre disposizioni. Senza fallo ancora se per lo effetto delle raschiature tutto il testamento fosse talmente tronco che nissuna frase restasse integra ed offrisse un senso completo, dovrebbesi dire non essere più quello un testamento, ma i vestigi informi di un testamento precedente a cui il defunto voleva recar mutamenti, che poi non ha fatto prima di morire. Ma per ciò bisognerebbe che le raschiature non avessero lasciata intera veruna disposizione, perchè se una sola ne rimanesse sarebbe sempre efficace non ostante che il testatore, non avesse sostituito le altre.

È un errore lo avviso contrario di Toullier (V, 360) e di Grenier (n. 228-*sept.*). Imperocchè dallo aver soppresso il testatore questa o quella parte del suo testamento, ed esser morto senza aver sostituito altre disposizioni, non può inferirsi che egli abbia voluto pur sopprimere quelle parti lasciate intatte (1).

III.—12. La seconda condizione che il nostro articolo vuole per la validità del testamento olografo, è che sia datato di mano del testatore. Ma di quali elementi si compone la data?

È uso formar la data con l'indicazione del luogo, dell'anno, del mese e del giorno in cui l'atto è fatto; ma quella del luogo non potrebbe essere necessaria. Infatti 1. Le date nel senso proprio della parola, sono le indicazioni dei tempi, non quelle dei luoghi: le parole *data*, *datare* tanto nella legge, come altrove, esprimono la idea di tempo; 2. L' ordinanza del 1735 richiedendo pei testamenti olografi la indicazione del *giorno*, *mese* ed *anno* (articolo 38), non volea affatto quella del luogo, è sempre evidente che il Codice abbia voluta la data come la intendeva la ordinanza. Tutti in ciò sono d'accordo.

Questo unanime accordo eravi stato sempre per dichiarar necessaria la indicazione del giorno, mese ed anno, quando uno recente scrittore, Coin-Delisle (n. 28), si è fatto a pretendere non essere indispensabile la espressione del giorno, ma quella solo dell'anno e del mese. Noi non potremmo essere dalla sua. Senza dubbio

(1) *Conf.* Vazeille (n. 4), Poujol (n. 6), Coin-Delisle (n. 19); Rig., 15 gennaro 1834 (Dev., 34, 1, 173).

la indicazione del mese e dell'anno *(fatto in gennaro 1844)* è una data, ma nell'articolo non si parla di una qualunque data, essendo pur data la indicazione del solo anno (nel 1844); eppure Coin-Delisle non sà dire che dessa fosse bastevole. La *data* cioè la determinazione del tempo è qual cosa d'indeterminato, essendovi gradi in più o in meno nella determinazione, e potendo datarsi per ore e per minuti, come per anni o per secoli. Ciò essendo e il Codice non avendo voluto contentarsi di una data qualunque, è uopo determinare con le circostanze la espressione troppo vaga di cui si è servito. Ora dacchè l'uso generale e ben noto dai compilatori era quello d'indicare il giorno nella data, e l'ordinanza del 1735 a cui non si era voluto derogare positivamente lo richiedeva, evvi doppia ragione perchè si riconosca con tutti gli scrittori il bisogno di tale indicazione; qualunque altra decisione sarebbe di necessità arbitraria e senza fondamento; l'uno vorrebbe l'anno, e l'altro i minuti.

Gli è del resto evidente che il giorno potrebbe indicarsi senza dire il quanto del mese. Così la data sarà regolarissima quando si sarà detto la prima domenica di aprile 1835, il giorno di Pasqua 1836, ecc.

13. Il luogo che occupa la data nell'atto è indifferente, perchè riferiscasi allo intero testamento. Così sia posta in capo del testamento o nel corpo stesso della disposizione, o alla fine dell'atto e prima della sottoscrizione, o segua la sottoscrizione e formi l'ultima linea dell'atto, in tutti i casi vi sarà validità. Pure insegna Toullier (V-375) esservi nullità nell'ultimo caso, cioè quando la data segua la sottoscrizione; ma è un errore, non si reggono i due motivi sù cui si fonda.

La firma, egli dice, dapprima pon fine all'atto, e quindi ciò che vien dietro è fuori il testamento. Gli è questo un sofisma che si confuta doppiamente. Se si prende la parola testamento nel suo senso stretto cioè in quello appunto del nostro articolo, non sarà vero che la sottoscrizione sia la fine del testamento e una parte di esso; non ne sarà, come pur la data, che un accessorio. Imperocchè dire come il Codice, come tutti, come lo stesso Toullier, che il *testamento dev'essere datato* e *sottoscritto*, vale il medesimo che la data e la sottoscrizione non sono parti del testamento, ma elementi che si aggiungono ad esso; se il testamento comprendesse la data e la sottoscrizione, non si potrebbe discorrere di datare o sottoscrivere un testamento. Se poi la parola *testamento* si prende sul suo senso lato, gli è vero che la sottoscrizione ne sarà una parte, ma la data lo sarà pure, nè vi sarà veruna ragione perchè questa, anzichè quella siane di necessità l'ultima parte. Toullier trae argomento dall'ordine delle parole usate dal Codice che vuole il testamento sia *datato* e *sottoscritto*, e non già *sottoscritto* e *datato*. Ma a prescindere della sua leggerezza, questo motivo è confutato dal testo medesimo della legge; la quale vuole che il testamento sia *scritto*, *datato* e *sottoscritto*. Se dunque la legge chiedesse le condizioni nell'ordine di loro indicazione, sarebbe cosa indispensabile che il testamento fosse scritto per intero innanzi che fosse datato. Ma lo stesso Toullier consente (n. 376) che la data può ben precedere le disposizioni. Egli dunque si condanna da se stesso, e con buona ragione la giurisprudenza condanna la sua dottrina (1).

Ma il testamento in cui la firma preceda la data potrebbe esser annullato per la ragione *di fatto*, che la data non fosse in relazione col testamento, che per esserne lontana o per altra qualsiesi circostanza deve riguardarsi come non relativa ad esso, e di conseguenza v'è da una mano una data isolata, che non può a nulla riferirsi (o solo ad altra scrittura che non sia

(1) Parigi, 13 ottobre 1811; Besanzone, 7 febbraro 1823; Bordeaux, 12 gennaro 1825; Rig., 9 marzo 1825, Parigi, 22 aprile 1828; Rennes, 11 febb. 1830; Rig., 11 marzo 1831 (Dev., 1831 1, 189).

stamento) e dall'altra un testamento sottoscritto, ma non datato: stabilito in *fatto* che il testamento non abbia data farebbe mestieri concluderne in dritto che desso sia nullo.

Questo dritto di valutare i fatti vi sarebbe pure quando la data sia posta in mezzo alle disposizioni, per conoscere se la si riferisca alle seguenti o alle precedenti disposizioni, o se le prime non debbano dichiararsi senza data e giudicarsi quindi nulle. Conviene dunque che i testatori onde porre la esecuzione delle loro volontà al coverto da ogni rischio, scrivano il loro testamento nel seguente ordine: 1. Scrittura intera e continua di tutte le disposizioni; 2° apposizione immediata, e in una espressa linea, della precisa data, e 3° alla fine di tutto apposizione della firma ordinaria e regolare.

14. Una data incompleta renderebbe nullo il testamento, perchè allora l'atto presenterebbe non una data, ma una frazione di essa. Onde dovrebbe in principio dichiararsi nulla la data, che per la omissione di qualche parola, o per aggiunte o raschiature offrisse queste parole, *fatto a Parigi il 10 maggio mille sette*. Sarebbe pur così del testamento di cui la data fosse evidentemente falsa: per modo di esempio, se la data sia del 1830 e rimanga provato per la carta su cui è scritto sia stata fabbricata nel 1835; ovvero se la data sia del 1842, e il testatore fosse morto nel 1839. Gli è manifesto in fatti che la legge richiedendo la data del testamento intende per ciò la vera indicazione del tempo in cui è fatto, e non già di un tempo qualunque (1). Ma il testamento dovrebbe mantenersi, se la data incompleta potesse completarsi colle circostanze cavate dallo stesso testamento; come pure se la data fosse inesatta, quando il testamento offrisse elementi per la vera data. Così supponiamo che il testamento datato *mille sette* e di cui l'autore fosse morto dal 1808 al 1816, disponga fra le altre cose di una casa acquistata dal testatore nel secolo decimonono dopo il 1800, riesce certo, che il testamento non sia stato fatto nel *mille sette* (cento, ecc.), ma che lo sia stato nel *mille (ottocento)* sette. Similmente, se il testamento di una persona morta nel 1844 fosse datato di *mille nove centoquaranta*, si deciderebbe facilmente che il testatore abbia voluto e creduto scrivere *mille otto centoquaranta*, e che il testamento sia abbastanza datato (Rig., 19 febbraro 1818); Rouen, 23 luglio 1825; Rig., 2 marzo 1830.

IV.—15. Il testamento olografo deve in fine essere sottoscritto. Ma in che sta la firma di una persona? Basta la iniziale del suo cognome accompagnata dal titolo di nobiltà, o dal nome seguito dalla iniziale del cognome, o da nomi seguiti da un titolo di dignità (come è uso dei Vescovi), o di un soprannome con cui la persona sia stata sempre conosciuta, ovvero bisogna assolutamente il cognome di famiglia del testatore?

La sottoscrizione consiste regolarmente nell'apporre il cognome di famiglia nel modo solito farsi; se non che questo modo che è il più regolare non è obbligatorio, potendosi fare altrimenti. Nissuna legge ordina di sottoscrivere in questo o in quel modo, e siccome la sottoscrizione, la firma, il *segno* di una persona altro non è che il mezzo adottato per esprimere alla fine degli atti la sua identità, l'*io*, per indicare e farvi conoscere la propria personalità (*signum, signare, designare*), devesi avere come valida sottoscrizione qualsiesi modo con cui è solito farsi. Così abbia il testatore sottoscritto con un cognome che non era quello della sua famiglia, ma un soprannome suo proprio, abbia usato le iniziali seguite dal titolo di una terra o di una dignità, vi sarà solo ad esaminare se in quel modo il testatore era solito di sottoscrivere i suoi atti civili (2). — Ciò si applicherebbe secondo la dottrina di Merlin

(1) Rouen, 10 giugno 1829; Riom, 8 ottobre 1837; Rig., 9 gennaro 1839; Rouen, 14 aprile 1847 (Devill., 1839, 1, 433; *J. du P.*, 1848, 2, 569).

(2) *Conf.* Pau, 13 giugno 1822; Rig., 23 marzo 1824; Bourges, 19 ott. 1824; Bordeaux, 7 marzo 1827; Rig., 10 marzo 1829.

(alla parola *Sottoscrizione*, § 3, art. 4) e non ostante quella di Duranton (IX, 40), anche al caso di semplici iniziali senza veruna aggiunta; perchè quando il defunto aveva l'uso di sottoscrivere in quel modo i suoi atti, anche i più importanti, non si può dire di non avere sottoscritto nè posto il suo segno, la sua impronta, la sua firma *(signum, signare)*. In breve sarà valida la firma del testamento, essendo quella che il testatore era consueto di fare.

Pertanto si deciderebbe secondo le circostanze di fatto se un testamento fosse validamente sottoscritto qualora il nome del testatore sia posto nel corpo stesso dell'ultima frase, invece di essere separato da tutta la scrittura: *fatto e sottoscritto da me Michele-Francesco Falla il 20 dicembre 1809*. Se i nomi sono accompagnati dalla cifra ordinaria della persona, se essa non usando mai o non sempre della cifra ha voluto scrivere il suo nome di un carattere più spiccato del resto; se in fine i nomi anche di un carattere simile al resto sono scritti da tale che in tutti o in molti atti firmava di un carattere ordinario e confusi nell'ultima frase, dovrem dire esservi veramente la sottoscrizione del testatore, ed esser valido il testamento. Se al contrario i nomi scritti così senza cifra, senza distinzione dal corpo dell'atto appartengano a tale che sempre abbia apposto nei suoi atti la firma separata, si direbbe con ragione che tali nomi non costituissero la firma; che annunziassero e sviluppassero quella che si proponeva di metter sotto; e che non essendosi apposta la firma, l'atto è rimasto progetto, senza efficacia.

V.— 16. Scritto il testamento datato, e sottoscritto di mano del testatore è perfettamente valido: *non essendo* dal nostro articolo *sottoposto a veruna altra formalità*. È dunque valido in una lettera missiva, come in altro modo; il Codice non ha riprodotto il divieto recato già dall'ordinanza del 1735 (art. 3): e quando Bigot Préameneu diceva nella *Esposizione dei motivi* (Fenet, 12, pag. 553) che non sarebbero ammesse siniglianti disposizioni, ha commesso un evidente errore, rigettato dagli scrittori e dalle decisioni. Se non che bisogna certamente esser provato che l'autore della lettera abbia inteso che le linee da lui scritte costituissero il suo testamento; e bisognerebbe badare perchè tal carattere non sia attribuito alla lettera scritta per annunziare che si è fatto o si farà un testamento di cui si indicano le disposizioni. Per modo di esempio, se una lettera dicesse solo: « *Mio caro amico, io scrivo il mio testamento nei termini che vi ho annunziato, lego questa cosa ad N, quell'altra ad N, e ridnco N ad* aver la tal cosa » questo è l'avviso di un testamento che fa l'autore della lettera; ma se la lettera dicesse: « *Io vi mando qui acchiuso il mio testamento, pregandovi di esserne depositario per sopravvegliare quando ne sarà l'ora, alla sua esecuzione* », non vi potrebbe esser dubbio sull'intendimento dell'autore della lettera.—Del resto, il conoscere se la lettera contenga realmente il testamento, o solo l'annunzio e la spiegazione del testamento progettato, sarebbe una quistione di fatto soggetta al criterio dei magistrati, e per cui (come su molte altre relative a tal materia) non si incorrerebbe nella censura della Corte suprema. Dovrebbe ammettersi la cassazione se i giudici avessero pronunziato la nullità, riconoscendo che la lettera scritta datata e sottoscritta dal suo autore, fosse fatta nella intenzione di testare, ma non già quando avessero dichiarato (anche a torto) che la lettera non costituisca un testamento.

17. Le postille come il corpo stesso del testamento son valide sotto la condizione di essere scritte datate e sottoscritte dal testatore. Ma non sempre sono necessarie la data e la sottoscrizione: quando la postilla è fatta ad un tempo che il corpo e si congiunge con esso per il tempo, vi ha una sola cosa indivisibile come una sola sottoscrizione; ma se la postilla è stata giunta al testamento dopo che esso è stato fatto, la è veramente una novella disposizione che vuole quindi un'altra sottoscrizione, e massime un'altra data. È vero che qualunque postilla che non porti una novella data deve

perciò presumersi relativa al tempo in che l'atto si fa; ma come il contrario potrebbe esser provato (o perchè il legatario o la cosa legata non esistessero alla data riferita, o per differenza di inchiostro, o per altra causa) la data e la sottoscrizione novelle non si trascurerebbero senza pericolo, e siccome per le postille fatte insieme col testamento potrebbero sorgere alle volte difficoltà (anche per differenza d'inchiostro o di penna) farebbe sempre opera prudente il testatore di sottoscrivere e datare tutte le sue postille, o di approvarle (indicandone il numero) sopra la data e la sottoscrizione.

VI.—**18.** Il testamento olografo, benchè fatto regolarmente, non può aver mai la forza probante di un testamento pubblico. Esso in fatti, che che ne abbiano potuto dire, non è un atto autentico, ma in carta privata.

« L'atto autentico, dice l'art. 1317 (1271), è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali; » ma il testamento olografo non ha tal carattere. Si direbbe invano che avendo la legge accordato a tutti il dritto di far testamento, ognuno è in certo modo uffiziale pubblico per fare il proprio testamento. Sarebbe questo un cerchio vizioso, perchè per inferire dal dritto che ho di far tale atto che io sia un pubblico uffiziale, bisognerebbe prima esser provato che quell'atto sia autentico.

Il testamento olografo adunque è un atto in carta privata, e conseguentemente colui contro di cui si domanda la esecuzione, non dovrebbe iscriversi in falso per attaccarne la sincerità. Onde se l'erede pretende esser falsa la data, e il testamento che l'autore ha dichiarato esser fatto nel 1835 (nel qual tempo egli era capace) essere stato scritto nel 1840 (quando era interdetto), potrà fornire la prova con tutti i mezzi atti a stabilire la frode.

Spetterebbe la prova della falsità della data all'erede, e non già al legatario quella della verità, perchè riconosciutosi come fatto dal defunto un testamento regolare, esso fa necessariamente fede sino alla prova del contrario, essendo sempre presunta la verità. Ma spetterebbe far la prova al legatario, dovendosi conoscere se il testamento appartenga o pur nò al defunto e se sia o pur nò regolare. Così basterebbe all'erede dire di non riconoscere la scrittura o la sottoscrizione del suo autore, perchè il legatario debba provare la verità della una e dell'altra; parimente, se l'erede riconoscendo che il testamento sia scritto dal suo autore pretenda esservi una frase scritta di mano estranea, spetterebbe pure al legatario provare che sia scritta di mano del testatore. In fatti è chiaro appartenere la prova a colui che reclama un dritto, e di conseguenza il legatario che vuol dimandare all'erede la esecuzione del testamento, deve incominciare dal provare che il testamento sia valido.

19. Ciò che abbiamo detto non si applica a un legatario universale che sia in concorrenza di un erede non legittimario. Quello allora non deve domandar rilascio, ma farsi immettere solo in possesso con una ordinanza del presidente. Ciò sarà da noi esaminato sotto gli art. 1006, 1007, 1008 (932, 933, 934).

971 (896).—Il testamento per atto pubblico è quello che è ricevuto da due notari in presenza di due testimoni, o da un notajo in presenza di quattro testimoni.

20. Dal testamento per atto privato il Codice passa al pubblico, di cui trattano il presente e i seguenti quattro articoli; tratterà poi del testamento mistico nei quattro art. 976-979 (902-905) per finire la sezione con una regola intorno ai testimoni (art. 980 (906)).

Essendo il testamento pubblico un atto notarile, è soggetto in generale alle regole indicate dalla legge del 25 ventoso anno XI per gli atti ricevuti dai notari, mentre debbono pure applicarglisi quelle segnate dal Codice civile. Diciamo essere il testamento soggetto alle regole della legge di ventoso in *generale*, e non per tutto assolutamente. In fatti, è manifesto che per quei punti diversamente regolati da quella legge e dal Codice, bisogna seguir questo non

quella. Il che specialmente avviene per il numero la capacità e i doveri dei testimoni; così il nostro articolo vuole due notai e due testimoni, o un notaro e quattro testimoni, mentre la legge del ventoso (articolo IX) vuol due notari senza testimoni, o due testimoni con un solo notaro (vedi anche art. 974, 975, 980 (900, 901, 906)). Le forme volute dalla legge del ventoso per vari atti notarili lo sono, ora a pena di nullità, ora sotto altra pena che lascia sussistere la validità dell'atto; quelle imposte dal Codice ai testamenti, lo sono tutte a pena di nullità (art. 1001 (927)), dunque l'atto testamentario sarà nullo, quando si è omessa una formalità richiesta dal Codice, non importando se dessa sia o pur nò voluta dalla legge del ventoso.

972 (897). — Se il testamento è ricevuto da due notari, sarà loro dettato dal testatore, e sarà scritto da uno di questi notari ne' termini stessi ne' quali gli viene dettato.

Se non vi è che un solo notaro, deve egualmente essere dettato dal testatore, e scritto da questo notaro.

Nell'uno e nell'altro caso, se ne deve fare la lettura al testatore in presenza dei testimoni.

Di tutto si deve fare espressa menzione.*

SOMMARIO

I. Quattro formalità volute dal nostro art. (a pena di nullità), 1° Il testatore deve egli stesso dettare le sue volontà.

II. 2. Devono essere scritte dal notaro stesso e secondo gli son dettate, salvo il modo di compilarle. Del caso in cui il testatore non parlerebbe la lingua francese.

III. 3. Deve esser data lettura dell'atto al testatore in presenza dei testimoni.

IV. 4. Infine il notaro compilatore deve far menzione di aver compito le tre formalità in termini che non ne facciono dubitare.

I. — 21. La legge sottopone nel nostro articolo la compilazione del testamento a regole severe che mirano a garentire la sincerità delle manifestate volontà; 1°. Il testatore deve egli stesso dettare il suo testamento al notaro, o a due notari da cui esso è ricevuto; 2°. Il notaro o uno dei due deve scrivere il testamento secondo vien dettato; 3°. Finita la compilazione, se ne deve dar lettura al testatore alla presenza dei testimoni; 4°. Il pubblico uffiziale deve far menzione dello adempimento di tali formalità. Non si dimentichi che una di esse trascurate trarrebbe la nullità dell'atto (art. 1001 (927)).

È primieramente, il testatore medesimo deve dettare il suo testamento per modo che il notaro abbia a copiare le sue parole. La legge schiva scrupolosamente tutto ciò che potrebbe far temere che il testamento non fosse l'opera del solo testatore; e dove per tutti gli altri atti (per modo di esempio,

* D. 21 giugno 1842. — 1. Una persona affatto sorda la quale possa parlare e sappia leggere, abbenchè non sappia o non possa firmare, può testare per atto pubblico, dettando il suo testamento secondo il prescritto dal surriferito art. 897 delle leggi civili, e facendone in seguito la lettura ella stessa. — Il notaio farà nel rogito espressa menzione di questo adempimento; dopo di che egli darà lettura dell'atto medesimo in presenza de' testimoni a' termini del sopraccitato art. 897.

Massime della Corte suprema di Napoli.

— La locuzione in terza persona nella dettatura di un testamento per atto pubblico, non mena a nullità. — La legge vuole assicurare il senso non le parole. — Non mena a nullità la mancanza del domicilio de' testimoni. 22 luglio 1826.

— Il testamento per atto pubblico non è nullo sol perchè nell'atto il notaio non abbia dichiarato la conoscenza che avevano del testatore i testimoni o le altre circostanze per le quali la legge non ha prescritto doversene fare espressa menzione. 7 novembre 1846.

— Sebbene la giurisprudenza abbia ritenuto non essere necessaria la dettatura da parola a parola, non può però mettersi in dubbio che siavi assolutamente bisogno della manifestazione della volontà del testatore con parole espresse per tutto quello che intende disporre. Ciò non può essere supplito nè con bozze che il testatore presenti al notaio, nè con risposte semplicemente affermative o negative, che il testatore possa dare alle interrogazioni del notaio. La legge vuole che ogni testamento parta direttamente e principalmente da colui che dispone, ed un testamento per via d'interrogazioni non può aver sussistenza. 13 sett. 1849.

per una donazione fra vivi) permette che il notaro stendesse da solo l'atto ed anche senza la presenza della parte, sulle istruzioni che questa gliene abbia dato, lo riduce qui all' ufficio di segretario che non deve altro scrivere che quello gli vien dettato, e sotto la dettatura stessa di chi parla. Un testamento compilato dal notaro tosto dopo avute le istruzioni è stato con ragione dichiarato nullo; come lo è stato parimente un altro perchè il notaro dopo ricevuta la dichiarazione del disponente, ammalato di cholera nel suo letto, si è posto a scriverla in una altra stanza (1).

Sarebbe annullato con più ragione l'atto, se il notaro innanzi di lasciare che il disponente manifestasse da sè le sue idee, fosse proceduto per via di interrogazioni, lasciata la parte di segretario datagli dalla legge. Del resto il testatore può farsi illuminare, prima di fare il testamento, da quel consigliere che vuole, fosse pure il notaro che deve ricevere l'atto, e può dettare le sue volontà leggendo le note rimessegli da quello, oppure un modello che questi gli abbia fatto stendere. Non è nemmeno impedito il notaro di fare qualche domanda o osservazione al testatore onde svilupparsi o rendersi più chiare le volontà da lui manifestate; può anche suggerirgli *parole* che esprimano meglio il pensiero, ma non deve mai suggerirgli *idee* novelle.

II. — 22. Ciò che abbiam detto intorno alla prima regola del nostro articolo (che il testatore deve egli stesso dettare il suo testamento al notaro) spiega insieme l'altra (che il notaro deve scrivere il testamento secondo gli vien dettato). Ma cotesta idea non dovrebbe spingersi sino al ridicolo; non essendo il notaro tenuto a riprodurre gli errori di francese, le espressioni improprie, i modi bizzarri che potrebbe usare il testatore. Se deve farla da segretario, può almeno mostrarsi intelligente ed istruito; se non che non slontanandosi mai dal pensiero, deve slontanarsi dalle parole quando le convenienze della lingua lo richiedano.

Il notaro deve scrivere le volontà del testatore sotto la dettatura di lui, non potendo, come si fa negli altri atti, farle scrivere da un suo aiutante.

Negli altri casi basta che l' atto, non importa da chi scritto, sia letto alle parti dal notaro o alla presenza di lui; ma il testamento secondo il nostro articolo deve essere scritto dal notaro o da uno dei notari, e se fosse scritto da qualunque altro, vi sarebbe tal contravvenzione che ne trarrebbe la nullità secondo l'art. 1001 (927). — Ma questa regola dovrebbe applicarsi non all'atto intero, ma al solo *testamento* preso nel senso stretto, cioè a quella parte dell'atto che contenga la espressione delle volontà. Il preambolo dove si scrive la comparsa del testatore, i nomi, i domicili e le qualità dei testimoni, ecc. potrebbe essere scritto anticipatamente e da altra mano; perchè queste cose non le detta il testatore, e giusta il nostro articolo il notaro deve scrivere tutto ciò che vien dettato da lui. Non bisognerebbe nemmeno adottarsi la strana idea di uno scrittore (Bousquet, n. 10), il quale opina potersi temere una dichiarazione di nullità, se le parole del testatore, ove fossero due i notari, sieno state raccolte e scritte in parte da uno e in parte dall' altro (perchè il primo per indisposizione non avrebbe potuto continuare). Non è manifesto essere indifferente che il testamento sia ricevuto da questo o da quello, o in parte dall'uno e in parte dall' altro, avendo i notari la medesima capacità?

23. La regola secondo la quale il testamento pubblico deve scriversi dal notaro e sotto la dettatura del testatore, ha fatto sorgere quistioni per il caso in cui il testatore non parli la lingua francese. Le nostre antiche leggi vietavano di stendersi alcun pubblico atto altramente che in francese, e una ordinanza del 4 pratile anno XI ordinò che gli atti pubblici nei dipartimenti del Belgio superiore, della riva sinistra del Reno, del Tanaro, del Pò e negli altri in cui si fosse mantenuto l'uso di stendere gli atti nella lingua di questi

(1) Rig., 12 ottobre 1831; Rig., 20 genn. 1840 (Dev., 55, 1, 202; 40, 1, 111).

paesi, si scrivessero in francese. La volontà del legislatore adunque, sebbene non viene manifesta in alcun testo generalmente ed assolutamente, è che tutti gli atti pubblici che si fanno in Francia sieno scritti in francese, e debbano i notari conformarcisi tanto pei testamenti che per tutti gli altri atti. — Dunque quando un testamento è dettato in lingua straniera, il notaro deve scrivere in francese le idee manifestate in altra lingua; ma per questo caso facciamo alcune osservazioni.

È dapprima evidente, che il notaro debba necessariamente possedere la favella francese e quella parlata dal testatore, e che non potrebbe farsi tradurre da un interpetre ciò che gli detta il testatore, dovendo il notaro in persona, e non già un terzo raccogliere dalla bocca del disponente la manifestazione delle sue volontà. Non è men certo che il secondo notaro e i due o i quattro testimoni debbano comprendere anche la lingua del testatore, perchè essendo essi i cooperatori e sorvegliatori del notaro, bisogna conoscano se colui che parla detti un testamento e quale. Ma non è parimente necessario che i testimoni sappiano pure il francese: potendo un testamento essere ricevuto alla presenza di quattro persone che conoscano la sola favella del testatore, purchè il notaro sappia insieme e l'una e l'altra. Se non che il notaro deve allora secondo noi scrivere l'atto nelle due lingue, scrivendo a mezzo margine in fronte al francese la lingua del testatore e dei testimoni, come positivamente lo permette la surriferita ordinanza del 24 pratile; e la lettura richiesta dal nostro articolo sarà fatta nella lingua del testatore. Mercè questi due testi, e con le circostanze che noi supponiamo, tutti gli ordinamenti della legge sono scrupolosamente seguiti, tutti i suoi intendimenti osservati, nè sappiamo sotto qual pretesto un tal testamento potrebbe esser censurato. Il notaro e i testimoni han perfettamente compreso il testatore; il testatore e i testimoni han potuto seguire cogli occhi il notaro che scrive nella loro lingua, e pienamente compreso la lettura fatta loro dal notaro del testo scritto in essa lingua; vi sono dunque, quanto a tal testo, tutte le garenzie di sincerità volute dal nostro articolo; e siccome questo testo resta in fronte all' altro francese, non è a temersi nemmeno in quest'ultimo la frode.

Non potremmo dunque adottare intorno a ciò la dottrina che professano, o alla quale inclinano il più degli scrittori, cioè che i testimoni debbano necessariamente intendere come il notaro, la lingua del testatore e quella francese (1). Ma nemmeno potremmo seguire il sistema contrario che risulta da talune decisioni, ed è seguito da Coin-Delisle. Secondo il qual sistema non sarebbe necessaria in alcun modo la scrittura nella lingua del testatore; bastando che il notaro dopo avere scritto solo in francese, ne facesse la lettura interpetrandola nella lingua del testatore e dei testimoni. Ma ov'è allora la garenzia voluta dalla legge di testimoni che possano seguire cogli occhi il notaro secondo che egli scriva le parole del testatore nella lingua ad essi nota e rileggerle poi quando tutto è formato? Non si scorge che con un testatore e testimoni che conoscano il tedesco quando il notaro scrive in francese *ciò che vuole*, e lo rilegge poi *come vuole*, diventano nullo il riscontro dei testimoni e la sorveglianza del testatore (2)?*

Nè l'ordinanza del 24 pratile nè verun

(1 2) Merlin (*Quest.*, alla parola *Testamento*, § 17, art. 2, 3 e 4); Toullier (V, 383); Grenier (n. 255); Duranton (IX, 79); Poujol (art. 974, n. 3); Vazeille (art. 980, n. 5); Contra, Coin-Delisle (art. 980, (906), n. 25-27).

* Troplong, *Donazioni e test.*, n. 1529-1534.

L'uffiziale ministeriale deve scrivere le disposizioni tali quali il testatore le ha pronunziate: tanto esige il nostro articolo in termini che non potrebbero essere più formali. Ma come conciliare quest'obbligazione con la legge (12) la qual vuole che gli atti pubblici sieno stesi in lingua francese, quando il testatore parla un altro idioma è egli possibile a un notaio, che dee stendere in francese il suo atto, di scrivere il testamento tal quale gli vien dettato, allorchè il testatore non parli per esempio che l'italiano o il provenzale.

altro testo fulminano alcuna pena per il caso in cui i notari ricevessero un atto in lingua straniera, quindi non vi sarebbe a temere della validità del testamento che il notaro non avesse scritto in francese. Ma non mancherebbe meno al suo dovere il notaro che agisse in tal guisa; e solo si può conciliare questo dovere coi dettami rigorosi del Codice civile intorno ai testamenti seguendo il modo indicato dall'ordinanza di pratile e di cui abbiamo discorso, scrivendo e nella lingua francese e nella straniera.

III. — 24. Compilato l'atto dal notaro, secondo è stato dettato dal testatore, deve darsene lettura al testatore alla presenza dei testimoni, affinchè sia certo per tutti essersi fedelmente riprodotto il pensiero del disponente, e che questi possa far mutare, se v'è bisogno, le espressioni che non ben manifesterebbero la sua idea.

La legge non dice da chi debba essere fatta la lettura del testamento; punto invero poco importante; essendo naturale che fosse lo stesso notaro; ma ciò non è necessario, e se il testatore fosse alquanto sordo, o il notaro avesse la voce molto debole, la lettura potrebbe farsi da un aiutante di costui, o da uno dei testimoni. Se poi il testatore fosse talmente sordo da non poter sentire che difficilmente, potrebbe egli stesso leggere il testamento purchè lo facesse a voce alta e in modo da sentirlo i testimoni; perchè dar l'atto a leggere ad una persona vale lo stesso che dargliene lettura.

Bisogna badare che la lettura sia fatta alla presenza dei testimoni; volendosi dalla legge che i testimoni potessero attestare non solo di aver avuto lettura dell'atto, e di avere esso riprodotto ciò che dettava il testatore, ma pure che il testatore ne abbia avuto lettura alla loro presenza, e riconosciuto la esatta espressione delle sue volontà. Se dunque più testimoni o anche un solo si allontanasse per un momento nel punto della lettura, non potrebbe farsi nella loro assenza salvo a fargliene poi una speciale lettura, ma bisogna si attenda il loro ritorno affinchè la lettura fosse fatta come vuole la legge alla presenza di tutti i testimoni.

IV. — 25. L'ultima formalità richiesta dal nostro articolo è la menzione che tutte le altre si sono compite. Il bisogno di questa menzione serve anche a garentire lo adempimento di tutto l'articolo, mettendo il notaro infra due, o di adempire realmente le varie formalità, ovvero di commettere il reato di falsità, attestando bugiardamente che elle sieno state compite.

Questa è l'ultima formalità; secondaria, destinata a far conoscere e provocare l'adempimento delle altre principali; ma essendo una formalità, il trascurarla trarrebbe la nullità secondo l'art. 1001 (927), onde sebbene si fossero realmente adempite tutte le principali formalità, l'atto sarebbe nullo se il notaro avesse dimenticato di *menzionarne* una.

26. Il nostro articolo vuole una *menzione espressa*, ma ciò è pleonasmo, perchè l'aggettivo *espressa* nulla aggiunge alla parola *menzione*. Infatti *espressa* significa *espressa*, ma una menzione è sempre e necessariamente espressa perchè menzionare vale appunto *esprimere*, la menzione è la stessa espressione e il nostro articolo dice di volere una *menzione menzionata* ovvero una espressione espressa. Da ciò conseguita che alle parole menzione espressa non si può

Questa quistione mosse fin dalla origine delle difficoltà. Ma la Corte di cassazione ha fissata la giurisprudenza in un modo invariabile col suo arresto del 4 maggio 1807, decidendo che l'art. 972 (897) non osta perchè il notaio stenda in francese un testamento dettato in una lingua straniera da un testatore il quale ignori il francese, e che deve aggiustarsi fede a questo testamento. L'importante è che la volontà del testatore sia scrupolosamente riprodotta, se non nelle parole, almeno in tutto ciò che ha di essenziale; soltanto è mestieri che il notaio faccia conoscere di aver dato al testatore l'interpretazione della sua redazione nella lingua parlata da quest'ultimo.

Se il testatore ed i testimoni non intendano il francese, la lettura dovrà esser data dal notaio nell'idioma che loro sia familiare. Il notaro deve allora fare una traduzione la più esatta che sia possibile di ciò che ha scritto, e studiarsi di rendere tutta la forza del pensiero del disponente. Con la sua traduzione e con la sua interpetrazione si stabilisce una comunicazione legale tra coloro che parlano differenti lingue; i notai, uffiziali pubblici che han prestato giuramento, sono gl'interpreti naturali ed uffiziali di questi atti quando le parti non han l'uso della lingua francese.

dare altro senso che di *menzione reale prova certa*. Così non si può chiedere che le menzioni sieno in termini precisi e speciali per ogni formalità, nè massime che sieno rigorosamente fatte negli stessi termini del nostro articolo; potendosi ammettere equivalenti, e che la menzione di più formalità sia in una sola espressione; e bisogna che risulti dalla semplice lettura dell'atto che le varie formalità sieno state adempite per modo che non possa negarsi che una sola non siesi compita senza dare una mentita all'atto.

Questo mezzo di esame è semplicissimo. Se non si può negare di essersi adempita alcuna delle formalità senza dare una mentita all'atto, questo fa menzione che siensi tutte adempite, e quindi il testamento è valido. Se al contrario si può negare di essersi adempita una sola formalità senza far mentire il notaro, questi dunque non ha fatto tutte le menzioni volute, e quindi è nullo il testamento. In questo senso bisogna si intenda la regola della *menzione espressa* che altro non può significare che una menzione positiva, e da non lasciare alcun dubbio.

Con ragione adunque, che che ne abbiano detto Vazeille (n. 10, 12) e Coin-Delisle (n. 42), si son dichiarati nulli quei testamenti nei quali il notaro aveva detto di aver *compilato* le volontà dettate dal testatore, avvegnacchè non risultasse certo e indubitabile che il notaio stesso li avesse scritto. In fatti, se si fosse provato che il notaro avesse fatto scrivere al suo aiutante, e si fosse quindi accusato di falso, egli avrebbe risposto essere una cosa il compilare (che consiste nello scegliere le parole ed ordinare le frasi), ed altro il lavoro puramente materiale di metter le parole sulla carta; e se il suo aiutante aveva scritto, egli, il notaro, aveva compilato le volontà manifestate dal testatore. Dunque non essendosi fatta menzione che il notaro avesse *scritto* il testamento, si doveva dichiarare la nullità (1).

27. Dovevasi parimente dichiarar nullo il testamento in cui erasi detto soltanto che il notaro aveva letto le disposizioni alla *testatrice* ed ai *testimoni*, sebbene si aggiungesse di avere ella dichiarato *alla loro presenza* che quelle disposizioni contenessero la espressione della sua volontà, e quantunque *tutti i testimoni, non che la comparente avessero sottoscritto dopo una seconda lettura ad essi fatta* (cassazione 6 maggio 1812). In fatti non era certo che l'atto fosse stato letto alla testatrice *alla presenza* dei testimoni. Si diceva esserlo stato alla testatrice *ed* ai testimoni, ma avrebbe potuto esser letto all'una prima, e agli altri dopo; si diceva che la testatrice avea riconosciuto la esattezza delle sue disposizioni *alla presenza dei testimoni*; ma avrebbe potuto fare tal dichiarazione alla loro presenza, sebbene l'atto fosse stato letto a lei sola, e senza la presenza di quelli; si diceva in fine che questi testimoni, come pure la comparente, aveano sottoscritto dopo una seconda lettura *ad essi fatta*; ma tali parole *ad essi fatta* non si riferivano necessariamente ai testimoni e alla comparente, potendo solo riferirsi agli uni che formavano il soggetto della frase. Così l' atto provava essersi fatta almeno una lettura alla testatrice, e due ai testimoni, ma non provava essersene fatta una sola ad un tempo agli uni e all' altra; questo non era raccertato con la menzione che la legge chiama espressa, cioè tale da non lasciare il menomo dubbio. Conseguentemente la Corte suprema doveva cassare come ha fatto la decisione che aveva mantenuto il testamento.

— (898).*

(1) Torino, 22 febbr. 1806; Besanzone, 27 nov. 1806; Rig., 27 marzo 1807; Rig., 4 febb. 1808; Colmar, 11 febb. 1815, ec.

* Nelle nostre leggi civili è stato aggiunto l'articolo 898: « I testamenti per atto pubblico, oltre alle indicate solennità loro proprie, dovranno contenere le altre solennità comuni a tutti gli altri atti autentici, richieste dalle leggi sul regolamento notariale ».

Così è stato reso obbligatorio il rimando alla legge del 23 nov. 1819.

Le formalità richieste dalla legge sul notariato, ed applicabili, sotto pena di nullità, al testamenti, sono le seguenti:

973 (899 M). — Questo testamento deve essere sottoscritto dal testatore; se egli dichiara di non sapere o di non potere scrivere, si farà nell'atto espressa menzione della sua dichiarazione, non che della causa che lo impedisce di sottoscrivere.*

SOMMARIO

I. Quando il testatore può firmare, è indispensabile la sua firma. Ma la legge non chiede menzione della firma : dissenso con gli scrittori e la giurisprudenza.

II. Quando il testatore non può firmare, bisogna che lo dichiari, e il notaro faccia menzione della dichiarazione di lui e della causa che ne lo impedisce; sviluppo e controversia.

I.—28. Questo articolo si occupa della firma del testatore. Esso vuole 1. che sia apposta la firma se è possibile ; 2. dove non fosse possibile, che il notaro menzioni la dichiarazione che deve allora fargli il testatore, della sua impotenza ed anche la causa di essa.

E dapprima, quando il testatore lo può, l'atto deve necessariamente essere da lui firmato; e vi sarebbe nullità, art. 1001 (927), se non si fosse apposta la firma per qualsiasi causa. Così quando pure, per modo di esempio, il testatore fosse morto dopo avere scritto già la prima lettera del suo nome, l'atto sarebbe nullo, essendo perfetto per l'apposizione della firma; e colui che muore innanzi di aver firmato, ha potuto morire con la *intenzione* di testare , ma senza metterla in atto, anzi sebbene il testatore avesse dichiarato positivamente di non saper firmare, e tal dichiarazione fosse stata menzionata, il testamento sarebbe sempre nullo se fosse provato che il testatore sapesse firmare e che era falsa la sua dichiarazione, perchè la firma quando si può fare è una delle formalità indispensabili, ed altronde questo indiretto rifiuto di firmare porge per lo meno dubbi se sieno state libere le manifestate volontà ; allora può presumersi una suggestione a cui siesi voluto sottrarre non firmando (1). Sarebbe diversamente se il testatore che un tempo fir-

1° Il testamento debb' esser ricevuto dal notaio competente. — Bisogna che il notaio riceva il testamento in un luogo qualunque della sola provincia nella quale risiede col suo studio.
Art. 26 della legge.

2° Il notaio dev'esprimere la sua qualificazione di notaio. — Art. 14 e 26 della legge , e num. 3 del decreto del 12 settembre 1828.

3° Il notaio non dee avere interesse nè per sè, nè pe' suoi congiunti o affini in linea retta, o collaterali fino al 3° grado inclusivamente. — Art. 8, 26 della legge, e num. 3 del medesimo decreto.

4° Il testamento nel datarsi deve portare la indicazione dell'ora della celebrazione. — Art. 17. 26 e 27 della legge.

5° La indicazione della provincia, del comune e della casa dov' è stato dettato.— Art. 13 della legge.

6° La dichiarazione della conoscenza del testatore. Se il notaio non conosca il testatore, e non gli basti l'assicurazione dei testimoni, può, come negli atti autentici in generale chiedere l'intervento di altre due persone a lui note e di sua fiducia. — V. gli art. 21 e 26 della legge, e num. 3 dello stesso decreto.

— Per la validità del testamento vale una sola lettura e non già che debbe contenere una lettura come testamento, ed un'altra lettura come atto autentico. Corte suprema di Napoli, 17 giugno 1828.

* Nel corrispondente articolo delle nostre leggi civili è stato detto:

« Questo testamento debbe essere sottoscritto dal testatore e firmato in ogni foglio, ec. »

— Rescritto 4 agosto 1847. Dichiara che la menzione della dichiarazione delle parti di non sapere o non poter firmare richiesta dall'art. 13 della L. dei 23 nov. 1819 debba precedere e far parte della formola della lettura e pubblicazione.

Massime della Corte suprema di Napoli.

— Non è nullo un testamento nella cui lettura non si faccia particolare menzione di una giunta dettata dal testatore. 20 gennaro 1824.

— È nullo un testamento per atto pubblico, in cui il notaro avesse espresso soltanto di avere il testatore dichiarato di non potere scrivere, senza indicarne la causa, ancorchè contro il regolamento si dicesse di avere il testatore giurato. 30 giugno 1825.

— Il notaio che faccia menzione della dichiarazione del testatore di non potere sottoscrivere per la gravezza del male , ha adempiuto al precetto della legge , e non è necessario che specifichi il male che gl'impedisca a sottoscrivere, e farne menzione, 16 settembre 1826.

— La semplice assertiva del notaio stipulatore di un testamento di non aver potuto la testatrice firmarlo, non adempie al voto della legge che vuole la dichiarazione della testatrice a pena di nullità. Corte suprema di Napoli, 12 dicembre 1846.

(1) Grenoble, 25 giugno 1810; Treviso, 18 nov. 1812; Limoges, 26 nov. 1823.

mava or bene or male, ne avesse perduto l'uso; essendo allora sincera la sua dichiarazione di non sapere o non potere (1).

29. Bisogna dunque che il testatore che può firmare, firmi; ma deve il notaro far menzione della sua firma? Gli scrittori e la giurisprudenza rispondono di sì; ma tuttochè diciamo di doversi nella *pratica* seguir questa idea fino ad altre disposizioni (perchè altrimenti si esporrebbe il testamento a una dichiarazione quasi certa di nullità) opiniamo come Coin-Delisle (n. 4, *nota*) che tal dottrina sia erronea.*

Onde stabilire il bisogno della menzione, si dice che essa se non è richiesta dal nostro articolo, lo è dall'art. 14 della legge di ventoso, e a pena di nullità secondo l'articolo 68 di quella legge. In fatti, si soggiunge, l'art. 14 vuole la menzione che le parti abbiano firmato in tutti gli atti pubblici, e il testamento pubblico che non è stato dispensato di tal formalità, è quindi soggetto alla regola generale. Tal ragionare non ci sembra esatto: qualunque legge speciale deroga alla generale (senza che ciò si spieghi) su tutti i punti da essa regolati lasciando solo soggetti alla legge generale i casi da essa taciuti. Così l'art. 980 (906) vuole che i testimoni del testamento sieno maschi, maggiori, sudditi dello Stato, e godenti dei dritti civili, mentre la legge del notariato (art. 9) voleva che fossero cittadini; tutti sanno non essere necessaria quest' ultima qualità per essere testimone in un testamento. Dunque i nostri articoli speciali pei testamenti notarili derogano alle regole generali della legge del notariato pei casi preveduti; ma il Codice invece di lasciar soggetta a questa regola la firma del testatore ha voluto occuparsene nel nostro articolo 973 (799) prevedendo le due possibili ipotesi: 1° di un testatore che può firmare, e 2° di uno che non lo può; è da notare che tanto sulla prima che sulla seconda si danno regole diverse da quelle di ventoso anno XI (2). Dunque bisogna attenerci all'art. 973 (899), non potendosi intorno a ciò invocare l'articolo del notariato.

Il nostro legislatore adunque non ha stimato utile la menzione della firma quando essa sia realmente apposta, il che appare tanto più certo, perchè così facevasi nello antico dritto. Non mai la menzione della firma nei testamenti è stata richiesta a pena di nullità; l' articolo 23 della ordinanza del 1735 voleva come il nostro la firma del testatore, ma non già la menzione di tal firma.

30. Merlin intanto ha sostenuto il contrario (Repertorio alla parola *Firma*, paragrafo 3°, art. 3); scrivendo che l'ordinanza del 1735 voleva la menzione a pena di nullità non esplicitamente, ma virtualmente per la sua relazione con l' art. 165 dell'ordinanza di Blois che la voleva, egli dice, come oggi la legge di ventoso per tutti gli atti pubblici. Due risposte a ciò. Primieramente, quando pur fosse certo che le ordinanze di Blois e di Orléans nelle regole generali intorno agli atti notarili, avessero voluto la menzione della firma a pena di nullità, ciò nulla proverebbe in prò della dottrina da noi combattuta, nè darebbe alcun sostegno al sistema di Merlin; perchè l'ordinanza del 1735, sarebbe stata rispetto a quella di Blois nella medesima condizione che il nostro articolo 973 (899) rispetto alla legge di ventoso. Avrebbe dovuto dirsi per l'or-

(1) Caen, 3 marzo 1829; Rig., 5 marzo 1831, Montpellier, 27 luglio 1834.

* Troplong, *Donazioni* e *testamenti*, n. 1581.

Il notaio deve inoltre far menzione che il testatore ha firmato. Questa formalità è richiesta, sotto pena di nullità dall' art. 14 della legge del 25 ventoso che porta: « Gli atti saran firmati dalle parti, da' testimoni e dai notai, che debbono farne menzione alla fine dell' atto » e dall' art. 68 che pronunzia la pena di nullità.

La Corte di Torino, facendo applicazione di questo articolo, decise con arresto dell'11 nov. 1811, che una menzione così concepita: « Fatto e letto al detto testatore a voce alta ed intelligibile, in presenza dei suddetti e sottoscritti testimoni » non contenga la menzione della firma del testatore. Ed infatti la parola sottoscritti non si riferisce che ai testimoni, e niuna induzione grammaticale può estenderla al testatore.

(2) Per il primo caso l'art. 14 di ventoso anno XI vuole la menzione della firma non voluta dal nostro art. 973 (799); per il secondo l'art. 14 della legge di ventoso vuole soltanto la menzione della dichiarazione di coloro che non possano scrivere mentre qui il Codice chiede inoltre che si indichi la causa che ne li abbia impedito.

dinanza del 1735 quel che diciamo oggi per l'art. 973 (899) *specialia generalibus derogant*, e siccome l'articolo 23 di quell'ordinanza anzichè passare in silenzio la firma del testatore lasciandola soggetta alle regole generali degli atti notarili, regolava espressamente le due ipotesi che poteva presentare tal caso, bisognerebbe dire che l'art. 23 faceva eccezione all'ordinanza di Blois, come il nostro art. 973 (899) la fa alla legge del notariato.

Ma v'è dippiù, l'art. 165 dell'ordinanza di Blois non ha mai voluto la menzione della firma a pena di nullità; chiedendo sotto questa pena la firma, ma non già la menzione di essa; voleva egualmente la menzione della firma, ed anche nel caso in cui le parti e i testimoni non potessero firmare, la menzione di tal circostanza, ma la inosservanza di tali prescrizioni non era a pena di nullità. Ecco l'articolo: « Tutti i notari saranno tenuti far firmare alle parti e ai testimoni se lo sapessero fare, tutti i contratti ed atti di cui faranno menzione tanto nella minuta che nella copia che ne rilasceranno a pena di nullità dei detti contratti: » L'articolo, si noti, non dice che i notari sotto la pena indicata saran tenuti far firmare e *farne menzione*, ma dice che saran tenuti *far firmare*, aggiungendo per incidente *di che faran menzione:* l'articolo significava: « I notari saranno tenuti a pena di nullità far firmare i loro atti e ne faranno menzione per modo che la nullità non cadeva sul difetto della menzione (1). E che questo fosse il pensiero del legislatore è provato dall'essere richiesta la menzione nella medesima frase tanto per la copia che per la minuta; ma la spedizione essendo la copia dell'atto già perfetto che il notaro rilascia, non avrebbe potuto di certo annullarsi un atto, perchè il notaro avesse dimenticato di trascrivere nella copia la menzione fatta nella minuta; se una formalità, richiesta a pena di nullità, sia trascurata solo nella copia, se ne potrebbe estrarre un'altra, ma non può l'atto annullarsi. Di più Ricard spiega in questo senso l' ordinanza, citando altronde una decisione del parlamento di Parigi (8 marzo 1652) che aveva così giudicato, e aggiungendo che chiamato in consulta per questa quistione insieme ad altri cinque celebri avvocati, fu risoluto unanimamente che la nullità si riferisse al difetto della firma, e non già della menzione (*Donazione*, parte 1, n. 1528).

Merlin si è ingannato intorno alla dottrina di Ricard, dei suoi colleghi, del parlamento di Parigi. Egli suppone che l'articolo 165 dell'ordinanza di Blois volesse la menzione delle cause che avessero impedito di firmare, ma non già la menzione della firma, e movendo da ciò egli esclama: « Di sicuro nè Ricard nè i suoi cinque colleghi, nè i magistrati che han pronunziato la decisione riferita non avevano letto l'articolo 165 della ordinanza , perchè esso vuole che si faccia menzione non solo della mancanza della firma, quando l'atto non sia firmato, ma anche della firma nel caso che realmente sia firmato » Ricard, i suoi colleghi e il parlamento di Parigi avevano letto l'art. 165; al contrario Merlin non ha *ben letto* nè compreso Ricard. Senza fallo l'articolo 165 della ordinanza voleva la menzione tanto della firma che del difetto di essa; ma nè Ricard nè i suoi colleghi nè il parlamento di Parigi han ciò mai negato; anzi lo riconoscono positivamente, avendo solamente detto, come pur noi diciamo, che l' articolo non chiedesse questa menzione *a pena di nullità*. Fa meraviglia cotale errore di Merlin e che egli abbia potuto accusare Ricard, i suoi colleghi e il parlamento di Parigi d'aver solennemente deciso una grave quistione senza aver nemmeno *letto* il testo che la faceva nascere.

II. — 31. La seconda parte del nostro articolo regola il caso in cui il testatore non potrebbe sottoscrivere, o perchè non sappia o perchè sapendo siane impedito per altra causa. In tal caso vuole il nostro articolo (a pena di nullità giusta l' articolo 1001 (927 M)) che il notaro faccia menzione 1° della dichiarazione del testatore intorno a ciò, 2° della causa che lo impedisca di firmare.

Così da prima deve lo stesso testatore di-

(1) Vedi questa disposizione sotto l'articolo 973 del *Codice Tripier*.

chiarare di non sapere o non potere firmare. Se il notaro dicesse solo *che il testatore non abbia firmato per non sapere, o per la sua grande debolezza, o perchè colpito di paralisi*, ec. l'atto sarebbe nullo, poichè il notaro avrebbe attestato egli stesso che il testatore non abbia potuto firmare invece di attestare che il testatore *gli abbia dichiarato* di non potere (Caen, 11 dicembre 1822; cassazione, 15 aprile 1835). E sarebbe pur così, quando pure il notaro innanzi di attestare che il testatore non abbia potuto firmare dicesse che egli lo ha *richiesto* o *interrogato* di firmare (1). Imperocchè dall'avere il notaro richiesto il testatore di firmare, non segue che il testatore gli abbia dichiarato di non potere, il testamento non fa allora menzione della di costui dichiarazione, perchè senza dare una mentita al notaro si potrebbe sostenere di non essergli stata fatta veruna dichiarazione.

32. Il notaro deve oltre a ciò far menzione della causa che abbia impedito il testatore di sottoscrivere. La qual causa è espressa, quando si dice che il testatore *abbia dichiarato non saper firmare*, perchè con ciò ha dichiarato di non poterlo per cagione della sua ignoranza. Sarebbe il medesimo se fosse detto che il testatore abbia *dichiarato di non sapere* SCRIVERE, ec. senza che si debba, secondo noi distinguere se l'atto faccia o pur nò menzione della interrogazione fatta dal notaro al testatore. Una decisione di Douai (9 nov. 1809) e Duranton (IX-95) dicono esservi in tal caso nullità se non sia espressa la interrogazione *di sottoscrivere* perchè allora il senso della parola *scrivere* non è determinato dal ravvicinamento dell'altra *firmare*, potendo alcuno sapere firmare senza saper scrivere. Ma inesatta sembraci tal decisione; perchè infine *sottoscrivere* vale *scrivere* il proprio nome, e chi assolutamente parlando non sa scrivere, non sa nemmeno *scrivere il suo nome*, *firmare;* inoltre quando alcuno testando per atto pubblico dichiari non sapere scrivere, intende di necessità non sapere scrivere ciò che ha scritto nel testamento, ma egli non deve altro scrivere che la propria firma (2). Ma quando il testatore sa firmare e dichiara solo di non *potere*, bisogna pure indicare la causa che ne lo vieta. Del resto, il notaro può indicarne la causa senza esprimervi formalmente che gli sia stata dichiarata dal testatore; la menzione di una dichiarazione è voluta solo per il fatto che impedisce, non già per la causa di tale impedimento; dichiarato questo dal testatore, la legge presume, senza voler che si dica positivamente, che la causa di cui si fa menzione, siasi indicata nella stessa dichiarazione.

974 (900).—Il testamento deve essere sottoscritto dai testimoni: tuttavia nelle campagne basterà che sia sottoscritto da uno dei due testimoni, se il testamento è ricevuto da due notari, e che sia sottoscritto da due dei quattro testimoni, se è ricevuto da un notaro solo.

1.—33. Il presente articolo regola ciò che riguarda la firma dei testimoni, come il precedente. Adunque la sola firma dei notari è soggetta pei testamenti alle regole generali stanziate dall'art. 14 della legge di ventoso per la firma dei notari, delle parti e dei testimoni.

Il Codice stabilisce il principio che i due o quattro testimoni debbono sottoscrivere; ma non vuole la menzione di questa firma, nè di quella del testatore: bastando anche qui il fatto senza che sia manifestato. D'altronde, cotesto principio è applicabile in città; nelle campagne, essendo difficile che si riuniscano nello stesso punto tutti i testimoni che sappiano scri-

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Sottoscrizione*, § 3, art 2, n. 8); Cassaz., 11 pluviale anno VII; Tolosa, 22 aprile 1813; Colmar, 13 nov. 1813; — Contra: Toullier (V 438); Coin-Delisle (n. 6); Limoges, 17 giugno 1808 e 4 dicembre 1821.

(2) Merlin (n. 3); Toullier (l. c.); Vazeille (n. 9); Coin-Delisle (n. 7); Liege, 24 nov. 1806; Bruxelles 13 marzo 1810; Colmar, 22 dicembre 1812; Rigetto, 11 luglio 1816.

vere, consente il Codice che si faccia firmare il testamento da una metà dei testimoni, uno sopra due o due, sopra quattro.

Ma che intendesi per campagna? Un comune che non sia città può chiamarsi campagna. A fianco delle grandi città, anche in provincia, vi ha comuni che non hanno titolo di città, e pur sono più ragguardevoli che molti capo-luoghi di dipartimento. Anzi, vi ha semplici villaggi di campagna che offrono una maggiore popolazione e più compatta, maggior commercio e vita, ed istruzione, e quindi maggior facilità a trovar testimoni che sappiano scrivere che quel borgo o quella piccola città. Onde possiamo dire per regola generale, che la firma di tutti i testimoni sarà necessaria quando si è in una città benchè fosse piccola; ma non trovandosi in una città, decideranno i giudici *in fatto* senza distinzione di borghi o di villaggi, se il paese in cui si è fatto l'atto sia realmente una campagna per la sua poca importanza, per la popolazione e la cultura. È questa anche la dottrina delle decisioni (1).

II. — 34. È manifesto che i notari debbano ragionevolmente, quando tutti i testimoni non sottoscrivano, far menzione che questo o quello non abbia sottoscritto e per qual causa; ma noi diremo con Merlin (alla parola *Firma*. § 3, art. 2) e Coin-Delisle (n. 7) che la mancanza della menzione non potrebbe essere qui causa di nullità.

Invano il contrario vien detto da Duranton (IX, 93 e 103) che si fonda sopra l'art. 14 della legge del notariato, perchè da prima questa legge, come vedemmo (articolo 973 (899), n. 1) è qui inapplicabile; ma d'altronde l'art. 14 vuole la menzione della mancanza della sottoscrizione per *la parte*, e non già pei testimoni.

975 (901). — Nei testamenti per atto pubblico, non potranno ammettersi per testimoni nè i legatari, qualunque sia il loro titolo, nè i loro parenti od affini sino al quarto grado inclusivamente, nè i praticanti dei notari dai quali saranno ricevuti.*

SUMMARIO

I. Tre classi di persone colpite di incapacità relativa per far da testimone in un testamento pubblico. Gli affini di un legatario comprendono il suo conjuge.

II. Il sistema del Codice è completo rispetto ai testimoni di un testamento pubblico; non ha bisogno di prender nulla dalla legge di ventoso. Dissenso con Duranton ed altri scrittori.

I. — 35. Il Codice ci farà più innanzi conoscere sotto l'art. 980 (906) le qualità *generali* che si richiedono per poter essere testimoni in un testamento o pubblico o mistico; qui ci indica quelle qualità che rendono alcune determinate persone incapaci a far da testimoni solo nel testamento pubblico di altra determinata persona, cioè ci espone le cause di una relativa incapacità.

Il nostro articolo dichiara incapaci tre classi di persone.

1. I legatari a qualunque titolo lo sieno. Così, sia il legato a titolo particolare o a titolo universale, sia grande o piccolo, puro e semplice o condizionale, quello a cui è fatto non può esser testimone nel testamento pubblico in cui esso è fatto. Ma nel rimuovere qui la legge tutti i legatari ha di mira quelli che realmente lo sono, e non già quelli ai

(1) Donai, 1 giugno 1812; Poitiers, 13 dicembre 1815; Rig., 16 giugno 1817; Poitiers, 19 febbraro 1823; Bordeaux, 7 marzo 1827; Lione, 29 nov. 1828; Rig., 10 marzo 1829; Bordeaux, 29 aprile 1829; Grenoble, 22 marzo 1832; — Devill. e Carette. 1833, 11, 133.

* Il legato di una data somma per celebrazione di messe è un peso dell'erede; laonde non può dirsi nullo se intervengano come testimoni i nipoti del sacerdote nominato. Corte suprema di Napoli, 11 gennaro 1827.

quali per indiretto potrebbe giovare un legato; per modo di esempio, un curato può esser testimone, non ostante che il legato sia fatto alla sua chiesa, e l'abitante di un comune non ostante la liberalità fatta al suo comune: il legatario allora è il comune o la chiesa, e non già l'abitante o il curato (vedi cassazione, 11 sett. 1809).

2. I parenti e gli affini dei legatarî fino al quarto grado inclusivamente. — La legge non parla dei *conjugi* dei legatarî; ma è forza riconoscere ch'essi sieno colpiti della medesima incapacità; se essendo legataria la tal moglie si allontanano i parenti del marito per essere solo parenti di lui, come si potrebbe ammettere il marito stesso? Bisogna dunque dire che il Codice abbia qui compreso il conjuge sotto la parola generica di affini, sebbene propriamente non gli si dia tal nome. E infatti il coniuge è anche un affine; egli pure contrae l'affinità, ma in un grado più alto dei suoi parenti, la cui affinità puramente fittizia e metafisica è conseguenza della sua reale: appunto perchè il conjuge è più *affine* degli altri, si è distinto da questi con la spiccata qualifica di *conjuge*.

3. In fine gli ajutanti del notaro che riceve l'atto, e dei due notari se l'atto sia ricevuto da due.

II.—36. Il nostro articolo, come si scorge, combinato con gli articoli 961, 974 e 980 (886, 900 e 906) forma un completo sistema intorno ai testimonî del testamento pubblico; e quindi, siccome abbiamo più volte detto, non possono invocarsi su questo punto le diverse regole della legge del notariato. Le quali più severe sotto alcun rispetto (presentando maggiori cause d'incapacità) e sotto qualche altro più facili (richiedendo un minor numero di testimonî) le quali regole, diciamo, offrono il sistema generale applicabile ai varî atti notarili, ma nel solo Codice si trova quello speciale ai testamenti: *specialia generalibus derogant*.

Così saran rapaci di far da testimoni tutti quelli che il nostro articolo non dichiara incapaci: e sebbene il 2° paragrafo dell'articolo 10 della legge di ventoso allontana i parenti affini e servitori delle parti e dei notari, si potrebbero qui ammettere i servitori dei legatarî, i parenti, affini e servitori del notaro, i parenti, affini e servitori del testatore (vedi Caen, 4 dicembre 1812.

37. Nondimeno questa dottrina non è ammessa da tutti gli scrittori. Duranton (IX-115) tuttochè ammetta come noi i parenti, affini e servitori del testatore, vuole respingere in forza della legge di ventoso i servitori dei legatarî, i parenti affini e servitori del notaro; Grenier (n. 253); Toullier (n. 402) e Dalloz (cap. 6, sezione 4) opinano ugualmente rispetto a quest'ultimi, ma non escludono i servitori dei legatarî. Noi non sappiamo renderci ragione di queste idee contraddittorie e incoerenti. Delle due cose l'una; o il nostro articolo 975 (901) deroga alla legge di ventoso, e allora è forza ammettere le sole incapacità da esso indicate, e allontanarsi *per intero* da quella legge di ventoso; ovvero l'articolo non deroga a quella legge, e quindi la deve applicarsi sempre *per intero*. Dunque se si ammettono da testimonî come vuole Duranton i parenti, affini e servitori del testatore, devono pur ammettersi quelli del notaro e i servitori dei legatarî; se al contrario si allontanano questi ultimi bisogna anche allontanare i primi per medesimezza di ragione. Come Duranton non ha scorto la strana contraddizione nella quale si gettava; egli allontana i parenti, ecc. del notaro, e i servitori dei legatarî, e ammette quelli del testatore; ma perchè dunque ammettere questi ultimi. Forse la legge di ventoso se dessa è applicabile non li respinge pure come gli altri? Nò dice Duranton perchè la legge respinge i parenti, affini e servitori *delle parti*, e il testatore *non deve riguardarsi come* PARTE nel senso della legge (n. 116). Or bene; ma come dunque Duranton può insegnare altrove (numeri 92 e 93) che questa legge si applichi al testatore in quanto voglia (art. 14) che il notaro faccia menzione della firma *delle parti*? Il vero è che il testatore è realmente *parte* nel suo testamento; e i suoi parenti, affini e servitori possono far da testimonî perchè il nostro articolo 975

(901) creando un novello sistema deroga all'art. 10 della legge di ventoso. Ma per la medesima ragione è forza riconoscere che devunsi ammettere i servitori dei legatari (escludendosi dal nostro articolo i loro parenti ed affini) e i parenti ed affini e servitori dei notari (escludendosi dall'art. i loro ajutanti). Contru la dottrina di Duranton si può ben fare questa osservazione: quando si chiede quali persone siano incapaci di far da testimoni in un atto per causa di loro relazione col notaro, due risposte son date dalla legge: 1° pei diversi atti notarili, i suoi *parenti*, *affini*, *ajutanti*, *e servitori* (legge ventoso art. 10, 2 paragrafo); 2° pei testamenti, *i suoi ajutanti* (art. 975 Codice civile (901)). Con queste due risposte sì chiare e distinte, come può seriamente farsi una controversia? Se il legislatore non avesse voluto derogare alla legge di ventoso, per qual ragione avrebbe quì parlato di ajutante, e non parlato che degli ajutanti (1)?

38. Se il nostro articolo deroga alla legge di ventoso per ciò che riguarda la incapacità dei testimoni, nulla deroga alle regole stanziate da quella legge sulla incapacità del notaru o dei notari che ricevono l'atto non essendosi di ciò occupata. Dunque la incapacità sarà la stessa tanto per il testamento che per qualunque altro atto; e quindi il testamento non potrebbe esser ricevuto da un notaro che sarebbe egli stesso legatario, ovvero parente o affine del testatore o d'un legatario, in qualsiasi grado in linea retta e fino al terzo nella linea collaterale. Non potrebbe nemmeno esserlo da due notari parenti o affini fra loro negli stessi gradi (art. 8 e 10, 1 paragrafo).

976 (902). — Quando un testatore vorrà fare un testamento mistico o segreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni, tanto se sieno state scritte da lui stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da altri.

La carta, in cui saranno stese queste disposizioni, o quella, che servirà d'involto, quando vi sia, sarà chiusa e sigillata. Il testatore la presenterà chiusa e sigillata al notaro, ed a sei testimoni almeno; ovvero la farà chiudere e sigillare in loro presenza, e dichiarerà che il contenuto in quella carta è il suo testamento da lui scritto e sottoscritto, o scritto da altri e da esso firmato: il notaro formerà l'attu di soprascrizione, che verrà stesu sulla carta medesima, ovvero sul foglio che serve di involto; quest'atto sarà sottoscritto dal testatore, e dal notaro unitamente ai testimoni; tutto ciò sarà fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti; e nel caso in cui il testatore, per un impedimento sopraggiunto dopo aver firmato il testamento, non potesse sottoscrivere l'atto di soprascrizione, si dovrà esprimere la dichiarazione che egli ne farà, senza che sia necessario in questo caso di accrescere il numero dei testimoni.*

(1) Conf., rig., 3 ottobre 1841 (Devill., 41, 1, 865).

* R. 4 febbraro 1828. Per gli atti di soprascrizione de' testamenti mistici debbono osservarsi le medesime regole, che sono in vigore per la formazione degli altri atti notariali.

— Un testamento nullo come mistico non può valere come olografo, ancorchè ne abbia tutti i requisiti. 3 aprile 1823.

La mancanza di menzione della lettura e pubblicazione dell'atto di soprascrizione ne' testamenti mistici, non è a pena di nullità. 23 nov. 1826.

Il testamento mistico può essere scritto di più caratteri. — Basta che sia firmato dal testatore. 11 luglio 1829.

L'art. 902 delle leggi civili parlando del testamento mistico, richiede che sia presentato chiuso e sigillato dal testatore al notaio ed ai testimoni, ovvero che il testatore lo faccia chiudere e sigillare; con ciò la legge non intende dir altro se non che la chiusura del testamento sia assicurata con suggello qualunque, senza che questo suggello debba, a pena di nullità, presentare un'impronta.

— Nell'aprirsi un testamento in forma mistica, non è necessario che il giudice del circondario, cui vien presentato per farne l'apertura, firmi il testamento e l'atto di soprascrizione. — La disposizione dell'art. 902 è pienamente soddisfatta, in quanto alla presentazione del testamento al notaro ed ai testimoni, se l'atto di soprascrizione dimostra che il testamento è stato esibito al notaio in presenza dei testimoni. Se la carta contenente il testamento non è sufficiente a racchiudere l'intero atto di soprascrizione, può il notaio aggiungere un altro fo-

SOMMARIO

I. Osservazioni sul testamento mistico. Se essendo nullo, lo scritto che lo contiene possa valere come testamento olografo: dissenso con Coin-Delisle.

II. Dello scritto che contiene il testamento e della sua chiusura. *La legge vuole la apposizione di un suggello: Dissenso con Vazeille e Coin-Delisle. — Non importa da chi si faccia la chiusura e il sigillamento; inavvertenza di Duranton.*

III. Della presentazione e dell'atto di soprascrizione.—*Quest'atto deve essere scritto sulla carta e chiusa suggellata: dev'esserlo dal notaro stesso; dissenso di Duranton.*

IV. Continuazione.— L' atto deve far menzione della presentazione e della dichiarazione del testatore: dissenso con Coin-Delisle, osservazioni sulla contruddittoria dottrina di Duranton.

V. Continuazione. — L'atto è soggetto agli articoli 8 e 10 della legge di ventoso; dissenso con Merlin e Coin-Delisle.

VI. Continuazione e fine.—Sottoscrizione di tutti i testimoni anche nelle campagne. Un secondo notoro non conterebbe per due testimoni. Impedimento di firmare sopravvenuto al testatore. — Unità di contesto.

I.—39. Siam giunti all'ultimo modo di testare, al testamento mistico di cui si occupano il presente e i tre seguenti articoli.

Il testamento *mistico* cioè occulto, segreto, si compone di due parti distinte: 1° la manifestazione in iscritto delle volontà del testatore, 2° il verbale che faccerti essersi compite le diverse formalità volute dalla legge onde provare l'identità dello scritto, e prevenirne qualunque alterazione o sostituzione di altro; il verbale chiamasi *atto di soprascrizione*. Lo scritto che contiene il testamento è l'opera del testatore; l'atto di soprascrizione che ne fa un testamento mistico, è l'opera comune del testatore, del notaro e dei testimoni.

Lo scritto destinato ad esser sanzionato con la formalità della soprascrizione notarile può essere un solo progetto, o costituire per se solo un testamento. È certamente un progetto quando sia scritto di mano estranea in tutto o in parte, e il disponente vi abbia apposta la sua firma, ovvero quando tutto intero sia scritto di mano del disponente, ma non abbia data (il che non è necessario come più innanzi vedremo). Per l'opposito è un testamento quando è scritto per intero, datato e sottoscritto dal disponente. Nel primo caso l'atto di soprascrizione muta un *progetto in testamento*, nel secondo muta un *testamento olografo* in *mistico*.

40. Queste osservazioni ci menano ad una controversa quistione ed importante. Quando un testamento olografo è stato mutato

glio di carta per compierlo. La legge non prevede le cose impossibili; ed il testamento, in questo caso, è tanto più valido, se il notaio ed i testimoni abbiano sottoscritto l'uno e l'altro foglio. In questo medesimo caso, se il *Fatto, Letto e Pubblicato* segue le prime firme contenute nel primo foglio, ma le parole hanno uno stretto legame con quelle che seguono nell'altro, e tutto resta infine convalidato dalle ultime sottoscrizioni, ciò non induce nullità, tanto più se nel secondo foglio si dichiari che l'intero atto è stato fatto senza deviare ad altri atti. — Non è nullo un testamento mistico se manca l'indicazione dell'ora in cui l'atto è cominciato, e consti che è stato fatto nel medesimo contesto, senza deviare ad altri atti. — L' intervento del settimo testimone è richiesto solo quando il testatore non possa o non voglia sottoscrivere. — Se un testamento si è impugnato per nullità, e subordinatamente anche per falsità, ed il giudizio di falsità penda tuttavia avanti ai giudici del primo grado, la gran Corte civile s'intende che abbia abbastanza motivata la sua decisione sulla falsità se ha considerato che qualunque indagine sulla veracità delle firme appartiene al giudizio di falsità pendente nel primo grado di giurisdizione, e che non può innestarsi al giudizio di nullità. — Non si dà luogo a ricorso contro la parte della decisione concernente la liquidazione delle spese, se il ricorrente non si è opposto a questa liquidazione avanti ai giudici del merito. 10 nov. 1846.

L'art. 902 non esige che il notaio abbia espressamente a redigere l'atto di soprascrizione sulla stessa carta in cui si contiene il testamento, per guisa che, redigendolo sopra altra carta che egli creda adoperare per servir d'involto alla prima, incorra in alcuna nullità. — Ma ritenuto in fatto che la chiusura del testamento lasciava la possibilità di sottrarlo al suo involto, ciò basta alla nullità del testamento medesimo, senza che abbia a sperimentarsi la via del falso. 23 giugno 1853.

in mistico, la nullità che potrebbe cadere sopra l'atto di soprascrizione, lo renderebbe talmente nullo da non lasciarlo rivivere come olografo? Per l'affermativa si dice: mercè l'atto di soprascrizione non v'è che un testamento mistico in guisa che quando esso cade, nulla resta: nulla essendo la firma, nullo è il fondo per *difetto di firma* (1).

Non potremmo seguire questa severa teoria, che ci sembra più sottile che esatta. Che cosa è infatti il testamento mistico? Secondo ciò che sopra abbiamo detto, e secondo i nostri avversari, desso è un tutto composto di due parti ben distinte; e se la seconda parte, l'atto di soprascrizione, è sempre la medesima, la prima ora è un semplice progetto ed ora un vero testamento; il testamento mistico adunque è ora *un progetto* rivestito *della soprascrizione*, ora *un testamento olografo rivestito della stessa soprascrizione*. Dunque in questo ultimo caso, se cade la soprascrizione come irregolare e nulla, resterà un *testamento olografo*, non rivestito della soprascrizione, il quale dovrà produrre il suo effetto, come nell'altro caso rimarrebbe un *semplice progetto* senza alcuna efficacia.

E che farne ora della obbiezione, che cadendo la forma di un testamento, cade con esso lui il fondo, perchè vi è allora nullità non solo della forma, ma del *testamento*? Coteste idee sono esattissime, ma si applicano male. Senza fallo la nullità della forma trae quella del fondo, ma se il fondo riveste insieme due forme, come nella specie nostra, la nullità dell'una non trarrà quella dell'altra. Noi diciamo come Coin-Delisle, che la nullità della *forma* mistica trae quella del *testamento* mistico; aggiungendo che il venir meno della forma mistica e del testamento mistico lascia sussistere un *testamento olografo* che era una parte del primo, ma che ha continuato (senza la soprascrizione) e continua sempre ad essere un testamento completo che ha il suo fondo e *la sua forma speciale*.

E come potrebbe essere diversamente? Quando aggiungete ad un testamento olografo un atto di soprascrizione che non serve a renderlo efficace, come volete che questa seconda parte di vita possa condurci al nulla? Ci dice abbastanza la ragione, che una seconda forma che si aggiunge, ma lascia sussistere la prima, non giova al testamento (perchè esso già aveva la sua piena forza) nè può mai nuocergli. — È in fatti delle due cose l'una; *o* la soprascrizione si riconoscerà regolare e valida, e il testamento varrà come mistico; *ovvero* sarà dichiarata nulla e come non avvenuta. Ma se in dritto è come non avvenuta, non potrà quindi produrre alcun effetto giuridico, nè buono nè cattivo; e il testamento olografo che parlando giuridicamente non avrà mai ricevuto atto di soprascrizione, rimarrà quel che dianzi era (2).

41. Del resto, la data del testamento mistico non è quella della scrittura testamentaria, ma l'altra della soprascrizione, poichè mercè della soprascrizione è divenuto un testamento mistico lo scritto (fosse precedentemente un semplice progetto, o fosse già un testamento olografo). Di che conseguita che quand'anche la scritta fosse datata di un tempo in cui il testatore fosse interdetto o civilmente morto, il testamento produrrebbe sempre il suo effetto, se la soprascrizione d'altronde regolare e valida fosse stata fatta in un momento in cui il testatore avesse il pieno esercizio dei suoi dritti. Ma se un testamento olografo datato di un tempo di incapacità, e tramutato poi in mistico, quando il suo autore fosse divenuto capace, ritornasse olografo per la nullità dell'atto di soprascrizione, non ci sarebbe di certo altra data che quella dello stesso scritto, e sarebbe il testamento

(1) Favard (*Rep.*, *Testam.*, sez. 1, § 4); Coin-Delisle (n. 15); Poitiers, 28 maggio 1824.

(2) *Conf.*, Grenier (n. 276 *bis*); Merlin (*Rep.*, alla parola *Testam*, sez. 2, § 4, art. 4); Delvincourt, Toullier (V-480); Duranton (IX-138); Dalloz (cap. 6, sez. 3); Vazeille (n. 22); Aix, 18 gennaro 1808; Bastia, 14 marzo 1822; Caen, 26 gennaro 1826; Dijon, 28 febbraro 1827; Rig., 23 dicembre 1828.

di un incapace.

Venendo ora alla spiegazione del testo del nostro articolo, ci occuperemo separatamente: 1° della scrittura testamentaria e della sua chiusura; 2° della sua presentazione al notaro e dell'atto di soprascrizione.

II.—42. Le disposizioni che si vogliono rivestire della forma mistica possono scriversi da qualsiasi persona, dal testatore, da un terzo, in parte da uno, in parte da altro: purchè sieno sottoscritte dal testatore. La qual condizione è imposta al testatore che può firmare: chi nol potrebbe per ignoranza, o per altra causa, potrebbe pure fare il testamento mistico; chiamando un testimone di più nell'atto di soprascrizione, siccome vedremo nell'articolo seguente. E lasciandosi dalla legge tutta la latitudine per la scrittura delle disposizioni, potrebbero quindi, ove fosse bisogno, essere stampate; e se volesse fare un testamento mistico alcuno che non sappia leggere la scrittura fatta a mano, ma legga lo stampato, potrebbe fare stampare il suo progetto di testamento da uno stampatore in cui metterebbe la sua fede.

La scritta destinata a ricevere l'atto di soprascrizione non bisogna sia datata; perchè diverrà testamento mistico per l'atto di soprascrizione; tutti in ciò sono di accordo.

43. Il testatore innanzi di presentare le sue disposizioni al notaro ed ai testimoni (o presentandole ad essi) deve chiudere e sigillare, o far chiudere e sigillare da altri o la carta stessa su cui sono scritte piegando la scrittura dentro, e la carta bianca allo infuori), o l'involto in cui sarà stato posto. La carta che contiene le disposizioni, o quella che forma l'involto non deve solo esser chiusa, ma anche sigillata; e conseguentemente è necessario che si apponga un sigillo. Vazeille (n. 4) e Coin-Delisle (n. 28) opinano non essere richiesta la apposizione di un sigillo; dicendo che nella parola *sigillare* vi hanno due sensi; uno più stretto (*marcare di un sigillo, di un'impronta*) ed altro più largo, sinonimo di *chiudere esattamente*, e che non si è obbligati d'intendere la legge nel senso più rigoroso; che si dice bene essere *sigillati* gli oggetti (per modo di esempio, un vaso, una bottiglia) sebbene si sia coverta di cera la chiusura loro ordinaria senza improntarvi alcun sigillo. Ma non potremmo seguire cotesta idea: 1° perchè il significato solo proprio della parola *sigillare* è quello di apporre un sigillo, una impronta: 2° perchè il suo senso proprio è quello del nostro articolo, secondo il quale la carta deve esser prima *chiusa* e poi *sigillata*; 3° infine, perchè se una bottiglia di cui l'ordinaria chiusura consiste nel solo turacciolo può dirsi sigillata, apponendo cera alla chiusura, non è il medesimo della carta chiusa con pane di cera o di colla, essendo questa la ordinaria chiusura, la semplice *chiusura* delle carte, delle lettere, per modo che la carta sarebbe ben chiusa, ma non già *chiusa* e *sigillata** — Che la legge non abbia voluto dal te-

* **Troplong**, *Donazioni e testamenti*, n. 1627.

« Si comprende pertanto che se sotto l'impero dell'ordinanza la parola *scellé* non dovea prendersi forzosamente nel senso d'un'impronta, non è possibile mostrarsi più rigoroso sotto il Codice Napoleone.

» Si dirà mai che la parola *scellé*, così intesa, non aggiunga nulla alla parola *clos (chiuso)* che la precede e che sia un'inutile ridondanza? Noi lo dicevamo pocanzi: una cosa può esser chiusa senz'essere suggellata. Così una porta, la quale se è semplicemente chiusa potrà aprirsi: ma, suggellata che sia, cioè assicuratane con cera la chiusura, anche senza apporvi impronta di sorta, non potrà più venir aperta senz'alterare il suggello. Altrettanto si dice di una scatola, la quale può esser chiusa senz'essere suggellata. Adunque chiuso e suggellato, *clos* e *scellé* son due espressioni diverse, ancorchè *sceller* suggellare non significhi applicar una impronta, dice sempre assai più che chiudere, *close*.

» Tuttavia s'insiste, e si trova che il marco d'impronta sulla cera sarà una guarentigia di meno pel testamento. Si pretende che sarà possibile, segnatamente facendo liquefar la cera apposta sull'involucro, di penetrar fino al testamento contenutovi, d'impadronirsene, di farvi dei cangiamenti, di rimetterlo e ristabilir poscia una chiusura di cera. Ma se ciò sembra possibile, chi garrentirà che non sia lo stesso nel caso in cui v'abbia un'impronta sull'involucro? forsechè la difficoltà di ristabilire l'impronta? Per fermo sarebbe questa una seria difficoltà, se la legge avesse richiesto primamente che si facesse uso d'un particolar suggello con un'impronta determinata, o se l'atto di soprascrizione dovesse contenere una descrizione

statore il suo proprio sigillo, una impronta speciale con le sue lettere o con le sue armi da non potersi confondere con altri o sostituirsi per frode; che non abbia voluto la descrizione del sigillo *ne varietur*, e quindi non abbia prescritto le cautele utili, in tal caso, gli è un punto incontrastabile. Ed è pur vero che la legge richiedendo il sigillamento non occupandosi di garentirne l'effetto che lo protegga, sia incompleto e renda quello poco utile; ma non è questa ragione perchè ci allontanassimo dai dettami della legge. Noi trattiamo di forma, e le forme (art. 1001 (927)) sono volute a pena di nullità; è forza dunque scrupolosamente seguirle, e riconoscere che il testamento sarebbe nullo se la carta che lo contiene o che l'involge non fosse *chiusa* e *sigillata* (1).

44. Non importa del resto su che sarà apposto il sigillo; essendo valido tanto sui pani che sulla cera. Non importa nemmeno, come abbiam detto, di qual sigillo si sia fatto uso; purchè la carta *sia chiusa* cioè ben fermata per modo che non possa essere aperta senza infrangersi la chiusura, e *sigillata* cioè contenente la impronta di qualunque sigillo.

Non importa infine quando e da chi la carta sia chiusa e suggellata; nè si comprende che Durantom abbia potuto scrivere (n. 124) che debbasi adempire come seconda formalità « di chiudersi e sigillarsi la carta *dal notaio alla presenza dei testimoni* »; la deve esser certo una inavvertenza del dotto professore. Non importa *quando* sarà fatta l'operazione; non volendo la legge che il testatore faccia chiudere e sigillare alla presenza del notaro e dei testimoni se non quando egli non presenta la carta chiusa e sigillata prima.

Non importa nemmeno *da chi* l'operazione sarà fatta; perchè l'articolo dice solo, che la carta *sarà chiusa e sigillata* e

della chiusura e della suggellazione. Ma in difetto d'ogni disposizione a tal riguardo, chi impedirà a colui, che sarà stato sì ardito da aprire il testamento mistico, di sostituire all'impronta cancellata o liquefatta un'altra impronta quale che sia, poichè egli non avrà punto da temere il confronto della sua impronta con una descrizione che non sarà stata fatta dall'impronta precedente, e poichè questa d'altra parte non avrà lasciato che fugaci reminiscenze nella mente dei testimoni, supponendo sieno sopravvissuti al testatore?

» Questo silenzio della legge è una prova di più, ed una prova irrecusabile, che con la parola suggellato non ha essa altrimenti voluto esigere una impronta.

E poi soggionge:

» L'impressione d'un suggello sullo involucro costituisce sì poco la garenzia domandata dalla legge in questa materia che è possibile che la chiusura fatta con l'aggiunzione d'un suggello e d'un'impronta permetta pure di trar fuori il testamento dal suo involucro, siccome può inferirsi da una specie riportata da Bergier, e giudicata con arresto del parlamento di Parigi del 12 febb. 1779. In questa specie la cera improntata col suggello ordinario della testatrice era stata posta sul foglio esterno che serviva d'involucro con sì poca precauzione, che si sarebbe potuto trar via il testamento, se non fosse stato commesso a questo medesimo involucro con una cera interna. Questa circostanza fu quella che determinò il parlamento a decidere che il testamento era validamente chiuso e suggellato, per la ragione che non aveva potuto esser separato senza effrazione della carta che lo conteneva. Ma supponete che non vi fosse stata cera interna per rendere inseparabile il testamento dall'involucro; supponete che questo non fosse stato chiuso che con un suggello esterno: è manifesto che nel sistema che stiam confutando, il testamento sarebbe stato chiuso, attesochè sarebbe stato involto, e sarebbe inoltre stato suggellato, poichè la cera avrebbe ricevuta l'impronta d'un suggello. Ma, se ci ha per avventura cosa evidente, gli è che questa chiusura e questa suggellazione non sarebbero punto state rispondenti alle esigenze della legge, e che il testamento non sarebbe altrimenti stato suggellato. Senza dubbio avrebbe portato il suggello (l'impronta) della testatrice; ma non è già questo che preoccupa il legislatore; egli vuole nella sua saggezza che allora il testamento si consideri come suggellato, quando non si può aprire senza frattura o lacerazione. Ecco perchè sosteniamo non doversi il vocabolo *scellé* intendere come sinonimo di cosa improntata di un suggello; esso ha un significato più generale, ha per iscopo d'assicurare in un modo qualunque l'identità ed il segreto del testamento; ed ogni qualvolta risulterà dalla riunione delle due condizioni, chiusura e suggellazione, che l'identità ed il segreto del testamento sieno stati mantenuti illesi, non potrà il giudice non riconoscere la validità del testamento; l'unica cosa, della quale converrà ch'egli si preoccupi, è se manchi o no la impronta ».

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Testamento*, sez. 2, § 3, art. 3. n. 14); Toullier (V-463), Delvincourt, Duranton (IX 124); Dalloz (cap. 6, sez. 5, art. 3), Poujol (n. 5); Douai, mantenuto; Rig., 7 ottobre 1810; Bruxelles, 18 febb. 1818; Grenier, che professava prima l'idea contraria, segue ora questa dottrina (n. 261 *bis*, 3 ediz.).

che *il testatore la presenterà così chiusa e sigillata . o la farà chiudere e sigillare* nel presentarla.

III. — 45. Il testatore dopo che la carta è chiusa e sigillata, o mentre la farà chiudere e sigillare, deve presentarla al notaro e sei testimoni dichiarando loro esser quella il suo testamento ed essere scritto e sottoscritto da lui, ovvero sottoscritto da lui e scritto in tutto o in parte da altri, o da più secondo i casi.

Il notaro stende di sua mano un verbale di cotesta presentazione e dichiarazione del testatore; il qual verbale si chiama *atto di soprascrizione*, essendo *scritto* sulla carta stessa che si è chiusa e sigillata.

Nissuno nega che l'atto di soprascrizione non debba essere scritto sulla carta medesima ch'è stata chiusa e sigillata, e che sarebbe nullo il testamento mistico se quell'atto fosse sopra un foglio separato (1). Ma la contraddizione è intorno a due altri punti: 1° se il verbale debba essere scritto di mano del notaro : 2° se debba raccertare la presentazione e la dichiarazione fatta dal testatore. Stabiliamo dunque questi punti.

46. Duranton insegna (IX-127) che l'atto di soprascrizione possa scriversi da uno aiotante del notaro, come tutti gli atti notarili; allegando 1° che la legge non vuole la menzione della scrittura fatta dal notaro, da che secondo lui si può inferire che la scrittura non debba necessariamente farsi dal notaro; 2° che il nostro articolo vuol solo che l'atto sia *steso* dal notaro potendosi stendere un atto senza scriversi; che tutti gli atti notarili devono essere *stesi* dal notaro secondo la legge di ventoso anno XI, il che non importa che debbano essere scritti da loro.

Non comprendiamo questo primo argomento. Nò, la legge non vuole che il notaro faccia menzione di avere egli scritto l'atto ; ma come da ciò può seguire che essa non voglia nemmeno che egli l'abbia realmente scritto? La legge non chiede la menzione del fatto; non chiede dunque il fatto! L'articolo 970 (895) non vuole che il testatore faccia menzione del fatto d'avere scritto il testamento di sua mano; ne inferirà Duranton che non sia nemmeno necessario il fatto? Nè più sodo è il secondo argomento.

Dresser una cosa vale prepararla per intero; stendere un atto non importa solo *compilarlo*, ma metterlo in punto di perfezionarsi con l'apposizione delle firme, importa dunque scriverlo. La legge del notariato , che che ne dica Duranton , non dice in nessun luogo che i notari *stenderanno* i loro atti , nè parla di atti *stesi* dai notari. (art. 1, 8 9, 12, 20, 29); e ci prova che *stendere* importi *scrivere* ; dicendo nell'art. 22 , che prima di spossessarsi di una minuta (in forza di una sentenza) i notari *ne stenderanno e sottoscriveranno una copia* ; or quando si deve fare una copia, non può trattarsi di *compilare* ma di *scrivere*.

Di più il nostro articolo riproduce letteralmente l'articolo 9 dell'ordinanza del 1738, il quale diceva pure che il *notaro stenderà l'atto di soprascrizione* ; ora è stato sempre inteso, come attestano Furgole e lo stesso d'Aguesseau, che l'art. 9 obbligava il notaro a scrivere ei medesimo l'atto per modo che sulle opposizioni fatte al senso della legge dai notari dei paesi di dritto scritto , una dichiarazione interpretativa del 6 marzo 1751 spiegò positivamente che essi solo a pena di nullità dovessero scrivere l'atto (2). Con ragione adunque è generalmente rigettato lo avviso di Duranton (3).

IV.—47. Coin-Delisle (n. 45 a 51) si è fatto a sostenere contro la comune opinione, che l'atto di sottoscrizione non dovesse necessariamente far menzione della presentazione e della dichiarazione fatta dal testatore. — La discordia fra l'autore e

(1) Torino. 5 pluviale anno XIII; Bourges, 10 ottobre 1813; Rig., 6 giugno 1815.

(2) Vedi le annotazioni dell'art. 976 del *Codice Tripier*.

(3) Merlin (*loc. cit.*, § 2, art. 4. n. 5); Grenier (n. 271); Delvincourt, Favard (Testam., sez. 1, § 4), Toullier (V-481); Dalloz, (*loc. cit.*); Poujol (n. 12); Coin-Delisle (n. 35).

tutti gli altri intorno a ciò nasce dalla interpetrazione del pronome *Ne* in quelle parole *il notaro ne stenderà l' atto di soprascrizione*. La opinione generale fa riferire il pronome *Ne* a tutta la parte precedente della frase, talmente che il senso sarebbe, *il testatore presenterà* (il suo testamento)... , *dichiarerà che*... *e il notaro ne stenderà* (stenderà di ciò con questi elementi) *l'atto di soprascrizione*. Secondo Coin-Delisle, al contrario, il pronome *Ne* si riferirebbe alla parola *testamento* per modo che il senso sarebbe: il *notaro stenderà l'atto di soprascrizione del testamento*. — Si comprendono le diverse conseguenze dei due sistemi. Se l'articolo significa che il notaro stenderà l'atto *mercè gli elementi che sono stati indicati*, sarà bisogno di esprimere che il testatore abbia presentato ai notari e ai testimoni una carta chiusa e sigillata (o che ha fatto chiudere e sigillare alla loro presenza) e dichiarato esser quello il suo testamento sottoscritto da lui, scritto da... Se al contrario l'articolo significa solo che il notaro stenderà *l'atto di soprascrizione del testamento*, non indicando di quali elementi esso dovrà comporsi, il notaro sarà libero di menzionare o trascurare ciò che vorrà, senza che vi possa mai esservi timore di nullità.

Onde respingere la interpetrazione comunemente ammessa, Coin-Delisle dice che se le parole, *il notaro*, ec. significano il *notaro con questi elementi stenderà l'atto di soprascrizione*, vi sarà un errore di lingua francese; perchè le parole atto di soprascrizione presenterebbero allora un senso indefinito (non essendosene ancora parlato) e bisognerebbe farle precedere, non dallo articolo definito *il*, ma dall'aggettivo *un*. Ma primieramente tutti sanno che nel testo delle nostre leggi vanno spesso di simiglianti errori, se non più gravi. Forse questo errore d'altronde non sparirebbe, sottintendendo le parole *del testamento* che dallo spirito sono naturalmente aggiunte e supplite? Vediamo per l'opposto, se il sistema di Coin-Delisle non dia luogo a ben altre e serie obbiezioni. — Dapprima si comprende che questo pronome *ne* anzichè riferirsi alla proposizione che immediatamente lo precede, si riferisca ad un sostantivo che sta *nove linee* sopra? Si comprende allora specialmente, che le parole *testamento mistico* son separate da due frasi che finiscono ognuna con un *punto finale?* Indarno fa osservare Coin-Delisle che la punteggiatura dell'ordinanza era diversa, e presentava solo *due-punti* ove il consiglio di Stato *pensò* apporre punti; perciocchè l'articolo è stato discusso, firmato e decretato nel modo come al *presente* è compilato; ma veniamo ad argomenti che riguardano non le parole e le virgole, ma le cose. Se fosse vero che la legge chiedendo un atto di soprascrizione non voglia questa o quella menzione; se le enunciazioni tutte fossero facultative del notaro, di che dunque si comporrebbe l'atto di soprascrizione? Non sarebbe questa una celia, e il dettame della legge sarebbe questo; vi è rigorosamente ordinato a pena di nullità di stendere un atto che spieghi ciò che vi piacerà spiegare, o in cui vi piacerà di nulla dire?

Confessiamo dunque che il pronome *ne* ha qui il senso di quelle antiche locuzioni, *dont*, *de quoi*, *de tout quoi*, e si riferisce ai fatti che sono stati indicati, e di cui il notaro deve far menzione, onde il notaro dovrà scrivere, a pena di nullità, che il signor *N* gli ha presentato alla presenza di sei testimoni sottoscritti una carta chiusa e suggellata (ovvero una carta ch'è stata chiusa e suggellata alla presenza di essi tutti), dichiarandogli che quella carta contenesse, ec.

Questa è in vero la dottrina degli scrittori e della giurisprudenza (1).

48. Del resto è evidente che le menzioni nulla hanno di sagramentale, e pos-

(1) Merlin (*loc. cit.*, § 3, art. 3, n. 11); Grenier (n. 264); Toullier (V-171, 472); Delvincourt (II); Demante (II, 350); Duranton IX 130); Vazeille (n. 9); decisione della Corte suprema del 7 aprile 1806; 8 aprile 1806, 7 agosto 1806; 11 maggio 1811, 28 dicembre 1812, e numerose decisioni di Corti di appello, specialmente di Bordeaux, 5 maggio 1828; Tolosa, 19 giugno 1830.

sono ben farsi in termini equivalenti a quelli del nostro articolo. Così quando si dice che il testatore *ha rimesso* (in vece di *ha presentato*) che ha rimesso al notaro *alla presenza dei testimoni* (in vece di *e ai testimoni*) che ha dichiarato aver sottoscritto il suo testamento. *dopo averlo dettato ad un terzo* (in vece di *dopo averlo fatto scrivere da un terzo*) la giurisprudenza con ragione decide esservi una sufficiente menzione.

Questo in fondo è il pensiero che Duranton ha voluto manifestare nelle proposizioni contraddittorie scritte su ciò. Egli comincia dal dire che *il difetto di menzione delle diverse formalità non tragga la nullità*, aggiungendo, *purchè risulti dal contesto dello atto di soprascrizione che sieno state osservate*. Ripete più innanzi che lo articolo 976 (902) *non prescrive queste menzioni;* che senza fallo bisogna sieno esattamente osservate tutte le formalità richieste, *ma la prova d'essersi osservate*, può risultare dal contesto dell'atto di soprascrizione. Ripete poi per la terza volta: « bisogna risultare dall'atto » medesimo che queste formalità sieno state » osservate, nè la prova può esser *cavata* » *d'altra parte*, ma *la menzione* di tali » formalità è una speciale formalità, *che* » *il Codice non prescrive* ». Ma certamente perchè risulti dall'*atto stesso* la prova d'essersi compite cotali formalità, non potendosi trovare *altrove*, è forza che il compimento sia enunziato, espresso; ma in che differiscono la *enunciazione* o la *espressione* e *la menzione?* Certo Duranton ha voluto dire che il Codice non vuole una menzione in termini sagramentali, e neppure una speciale e precisa per ogni formalità, bastando qualunque menzione.

Egli è il vero che non ostante questa spiegazione, il passo di Duranton non può sfuggire interamente all'accusa di contraddizione. In fatti il dotto professore dichiara non appigliarsi alla decisione con la quale la Corte suprema (28 dicembre 1812) pronunziò la nullità di un atto di soprascrizione in cui non fu detto da chi il testamento fosse scritto e sottoscritto. Or non era provato con *l'atto stesso di soprascrizione* di essersi adempite *tutte le formalità volute* dal nostro articolo; *altrove*, fuori dell'atto di soprascrizione avrebbe potuto conoscersi se il testatore avesse fatto la dichiarazione richiesta intorno alla scrittura e alla firma. Dunque secondo i principî dello stesso Duranton, nullo doveva dichiararsi quel testamento, che pure egli trova *valido*.

V. — 49. L'atto di soprascrizione, essendo notarile, è soggetto in generale alle regole stabilite dalla legge del 25 ventoso anno XI; ma non è un atto notarile ordinario, e quindi non sono ad esso applicabili tutte quelle regole. Onde si applicheranno le regole intorno alla competenza dei notari (art. 6); intorno alla enunciazione dei nomi e domicilio del notaro e testimoni, alla indicazione del luogo anno e giorno in cui l'atto si è fatto (articolo 12), alla forma dei rimandi e delle postille (articolo 15); alle aggiunte, interlinee, parole raschiate (articolo 16); ma si dovranno parimente applicare le disposizioni degli articoli 8 e 10? Noi crediamo di sì, ma tal soluzione molto controversa per quanto riguarda il secondo degli articoli, deve d'altra parte presentarsi con una osservazione che ne restringa la estensione.

L'articolo 8 vieta ai notari di ricevere gli atti nei quali i loro parenti e affini sieno parti, o che contengano disposizioni in favore di essi parenti o affini. Ora questo articolo è qui certamente applicato, ma solo all'atto di soprascrizione, essendo esso atto e non il testamento racchiuso, atto notarile. Dunque un notaro non potrebbe stendere un atto di soprascrizione per un testatore che fosse suo parente o affine nei gradi indicati dall'articolo 8, essendo quello parte nell'atto di soprascrizione di uno estraneo quando pure il testamento contenesse disposizioni in vantaggio dei parenti ed affini del notaro o in vantaggio di lui medesimo. Ciò è manifesto, perchè il testamento non è un atto ricevuto dal notaro; l'atto notarile è quello di soprascrizione, il quale non contiene disposizioni in favore di alcuno.

Bisogna fare una osservazione simi-

gliante sull' articolo 10, il quale (§ 2°) vieta che si ammettano come testimoni i parenti, affini, aiutanti o servitori del notaro o delle parti; ma se cotesta regola può qui applicarsi al notaro e al testatore, non lo si può certamente ai legatarj, potendo esser testimoni i parenti o affini di essi legatarî, ed anzi essi medesimi. Ciò è chiaro per doppio motivo: 1° essendo il testamento segreto (almeno legalmente) non si può fondare una incapacità *legale* sopra un effetto *legalmente* ignorato. I legatarî sono ignoti o legalmente riputati tali, il testatore senza fallo può rinunziare al segreto che la legge gli offre, e far conoscere le sue disposizioni a chi volesse; ma tal conoscenza data non essendo illegale è estralegale, e come non avvenuta in dritto; in dritto non si conoscono i legatarî, nè si può quindi parlare della esclusione di essi, nè dei loro parenti, affini o servitori. 2° La legge esclude solo i parenti, affini o servidori di quelli che sieno parte nell'atto ricevuto dal notaro; ma l' atto notarile non è il testamento racchiuso, ma solo l' atto di soprascrizione, nel quale è parte il solo testatore (1).

50. La sola quistione dunque che possa farsi è questa; devono escludersi dal fare da testimoni i parenti, affini ajutanti e servidori del notaro e del testatore? Questo punto lo abbiamo noi risoluto affermativamente, avvertendo di esservi controversia. Merlin (*loco cit.*, § 3, art. 2, n. 8) e Coin-Delisle, (art. 980 (906), n. 39) insegnano il contrario. Il Codice, essi dicono, creando un sistema speciale pei testimonii testamentari, ha derogato al sistema generale della legge di ventoso; ma questo sistema speciale indica solo le incapacità relative al testamento pubblico (articolo 975 (901)) ma non ne stanzia alcuna per il testamento mistico, di che segue che tutti quelli che riuniscono le qualità generali volute dall'art. 980 (906), potranno far da testimoni in questo ultimo. Non può. aggiungono. esser dubbio di ciò, perchè il relatore del Tribunato, Jaubert, ha spiegato positivamente che « la legge sullo organizzamento del notariato non può qui essere invocata, e gli aiutanti stessi del notaro non sono esclusi dal testamento mistico » Fenet. XII, pag. 604, 605). — È facile la risposta. Avanti il Tribunato Jaubert così parlava, manifestando una idea personale; ma la prova che non può da ciò indursi che tale opinione sia stata adottata nè dal Corpo legislativo, nè dal Tribunato, ciò che potrebbe far pensare diversamente, è che Favard, quello dei tribuni che fu incaricato di portare al Corpo legislativo il voto del Tribunato, è appunto uno scrittore che ha scritto nel nostro senso. Ora gli è vero che il Codice deroga alla legge di ventoso per quanto riguarda i testimoni testamentari, ma solo pei punti di cui tratta, e non per gli altri che passa in silenzio. Or posciachè ha regolato accuratamente le incapacità dei testimoni del testamento pubblico, nulla, assolutamente nulla dice delle incapacità dei testimoni del testamento mistico; conseguentemente queste sono soggette alle regole generali (1).

VI. — 51. Il rimanente del nostro articolo 976 (902) non offre difficoltà. Dapprima l' atto di soprascrizione dev' essere firmato dal testatore, dal notaro e da sei testimoni, non permettendo qui la legge, come nel testamento pubblico che nelle campagne firmi solo la metà dei testimoni. Bisognerà dunque che si trovino sei

(1) Queste medesime ragioni bastano per rispondere ad una quistione intorno a cui due distinti scrittori sono incorsi in errore.

Grenier (n. 268) e Favard (sez. 1, § 4, n. 5), insegnano esservi nullità se il testamento fosse scritto da un individuo che sia legatario, e si trovi poi uno dei testimoni all' atto di soprascrizione.

Errore certo. Ov' è dunque il testo che pronunzia la nullità per tal caso? non si conoscono o si reputa legalmente non conoscersi, nè i legatarî nè quello da cui il testatore abbia potuto fare scrivere; queste cose sono, o si rivelano note dopo la morte del testatore, alla apertura del testamento, e quindi non importa che quello che avrebbe scritto le disposizioni, essendo pure legatario, sia poi uno dei testimonii, oppure il notaro che stenda l' atto di soprascrizione. Ciò benissimo dicono Merlin (sez. 2, § 3, art. 8, 20); Toullier (5 467); Delvincourt e Coin-Delisle (art. 980 (906), n. 40).

testimoni che sappiano e possano firmare, *dura lex sed lex*. Non sarebbe nemmeno dispensato il aumero, perchè vi sia fra i testimoni on notaro; questi sarà sempre un testimone, non permettendo alcun testo che si generalizzi la regola speciale dell'art. 971 (896), e si dica assolutamente che un notaro valga per due testimoni. La legge piegandosi troppo ciecamente forse alle romane tradizioni, vuole la presenza di sette persone, tanto vero che l'articolo dell'ordinanza invece di chiamare il notaro con sei testimoni, chiamava *sette testimoni compresovi il notaro*. — Se fosse poi il testatore che per un impedimento sopraggiunto dopo la firma apposta alle sue disposizioni, non potesse firmar l'atto di soprascrizione, basterebbe la dichiarazione che ne farebbe egli stesso, di cui il notaro dovrebbe far menzione. Si noti non bastare che il notaro manifestasse che il testatore *non abbia potuto firmare*; ci vuole la menzione che il testatore *gli abbia dichiarato* di non poterlo. Ma non è necessario che si menzioni la causa di tale impedimento.

52. Tutte le formalità della presentazione e della compilazione dell'atto di soprascrizione si fanno di seguito in continuità, cioè come la legge stessa lo dice, non devesi interrompere la serie delle formalità per attendere ad altri affari, nè ci devono essere altri intervalli, altri riposi se non quelli richiesti dalla salute delle persone. — Del resto non si vuole affatto la menzione dell'unità del contesto.

977 (903). — Se il testatore non sa scrivere o se non ha potuto fare la propria sottoscrizione quando fece scrivere le sue disposizioni, sarà richiesto per l'atto di soprascrizione un testimonio di più del numero prescritto dall'art. precedente, il quale sottoscriverà l'atto cogli altri testimoni; e si esprimerà il motivo per cui si sarà richiesto questo testimonio.

53. L'ultima parte del precedente articolo ha preveduto il caso in cui un testatore non possa firmare l'atto di soprascrizione dopo aver firmato le sue disposizioni; bastando la dichiarazione del testatore intorno a ciò, della quale il notaro deve far menzione. Qui suppone la legge che il testatore che non può firmare la soprascrizione, non possa nemmeno le sue disposizioni, e vuole allora che si chiami un settimo testimone che possa firmare come gli altri sei.

Questo testimone deve esser chiamato all'*atto di soprascrizione oltre* gli altri sei, e come questi; quindi non basterebbe che egli venisse soltanto per la fine della operazione, ma deve assistere a tutta insieme la operazione, e deve l'atto raccertare che il tale ha presentato la tal carta, e ha fatto le tali dichiarazioni al notaro e a sette testimoni, l'uno dei quali era stato chiamato perchè il tale non avea potuto firmare la detta carta. D'altronde il nostro articolo vuole che si faccia menzione della causa per cui si è chiamato il settimo testimone, cioè del non potere il testatore firmare; senza chiedere la indicazione della causa di tale impotenza.

978 (904). — Coloro che non sanno o non possono leggere, non potranno fare veruna disposizione in forma di testamento mistico.

54. La persona che presenta una carta al notaro e ai testimoni dicendo che contiene il suo testamento, dev'essere personalmente certa della sua dichiarazione; bisogna dunque che abbia potuto leggere la carta quando è nel punto di presentarla.

Abbiamo già detto (art. 977 (903), numero II) che una persona che non sappia leggere il carattere scritto e che legga la stampa (il che avviene alle volte con quelli che firmano il loro nome), potrebbe a rigore fare stampare le sue disposizioni. Grenier (n. 458) seguendo Furgole, e Duran-

ton (n. 135) insegnano che bisogna saper leggere il carattere scritto ; ma parlano solo in tesi generale e per esprimere la idea di certo esattissima, che chi legge solo la stampa, sia fra quelli che non sappiano leggere quanto ai testamenti manoscritti. Nissuno scrittore che noi sappiamo si è spiegato intorno ad un testamento stampato; Coin-Delisle (n. 2) dice solo, e con ragione, che se alcuno sappia leggere la scrittura stampata e che altri gli abbia scritto il suo testamento, dando alle lettere la forma di caratteri stampati, non si potrebbe dichiararne la nullità.

Perchè dunque e secondo qual testo si annullerebbe se il terzo invece di imitare caratteri di stampa si fosse servito degli stessi caratteri? Non sarebbe sempre questa una scrittura che il testatore avrebbe potuto leggere ? Coin-Delisle in un altro luogo (n. 4) va più in là che noi, presentando una dottrina che deve parer più dubbia, quando ammette esser valido un testamento che un cieco facesse stampare in caratteri spiccati, o che avrebbe potuto leggere col tatto. Noi siamo dalla sua; perchè, sebbene di ordinario si legga con gli occhi, si dice esattamente *che leggere* in generale importa aver conoscenza di ciò che è scritto, con la percezione e intelligenza dei caratteri. Spetterebbe ai giudici in caso di controversia decidere in *fatto* se il cieco per le sue abitudini e il suo grado d'intelligenza e abilità abbia realmente potuto leggere il testamento cioè coglierne il senso.

979 (905). — Nel caso in cui il testatore non possa parlare, ma possa scrivere, potrà fare un testamento mistico, a condizione però che il testamento sia interamente scritto, datato e sottoscritto di sua propria mano e carattere, che egli lo presenti al notaio ed ai testimoni, che in fronte dell'atto di soprascrizione scriva in loro presenza, che la carta che egli presenta è il suo testamento. Il notaro scriverà in seguito l'atto di soprascrizione nel quale esprimerà, che il testatore ha scritto le indicate parole alla presenza del notaro e de'testimoni, e si osserverà nel resto tutto ciò che è prescritto nell'articolo 976.

53. Per fare un testamento mistico non basta che si possano leggere le disposizioni scritte o fatte scrivere, essendo pur necessario che si fosse in istato di far conoscere al notaro e agli altri testimoni che la carta loro presentata sia un testamento. Vi sarebbero tre mezzi di farlo conoscere : la parola , la scrittura e i segni. La legge non ammette mai quest' ultimo mezzo, quind'anche si rivolgesse a un notaro o a testimoni che potrebbero comprenderlo, ma soltanto la scrittura a colui che non può usare la parola. Tutti quelli dunque che non possono parlare per qualsiasi causa, potranno fare un testamento mistico se sappiano scrivere.

Del resto la legge si mostra più severa in questo che nei casi ordinari , perchè oltre della attestazione (che la persona deve scrivere allora sopra l'atto di soprascrizione) che la carta da lei presentata contenga il suo testamento, attestazione che sta in vece della dichiarazione verbale, la legge chiede tre altre formalità : 1° Potendo il testatore scrivere , la legge vuole che il testamento sia scritto per intero di sua mano; 2° Non bastando l'attestato apposto in capo della soprascrizione di mano del testatore, la legge vuole che il notaro menzioni che quelle parole sieno state scritte dal testatore alla presenza di lui e dei testimoni ; 3° La legge in fine chiede che la carta scritta per intero e sottoscritta dal testatore porti inoltre la data della sua compilazione.

Non si può giustificare quest'ultimo rigore che in vero non ha altra causa che la disaccortezza dei compilatori del Codice. L'ordinanza del 1735 col suo articolo 38 aveva rigorosamente richiesto per tutti gli atti di ultima volontà la data della disposizione, anche nei testamenti mistici che doveano avere e la data della disposizione e quella della soprascrizione; quindi

era naturale che l'articolo **12** volesse anche tal data nel nostro caso speciale, essendo l'applicazione della regola generale. I nostri compilatori che tolsero via questa regola generale e dispensarono il testamento mistico della data del giorno in cui si era compilata la scritta testamentaria, dimenticarono senza dubbio di modificare intorno a ciò l'art. **12**, e per inavvertenza lo riprodussero tal quale nel nostro articolo. Che che ne sia, e per quanto possa oggidì esser poco logico tal dettame, il trascurare siffatta formalità menerebbe pure la nullità del testamento, il quale per difetto di data non potrebbe valere nè come mistico, nè come olografo.

980 (**906**). — I testimoni richiesti ad essere presenti al testamento, devono essere maschi, maggiori di età, dimoranti nel Regno, e che godano dei diritti civili.*

SOMMARIO

I. Quattro qualità costituiscono la capacità assoluto dei testimoni testamentari. Significato delle parole sudditi del Re: *controversia. — La legge di ventoso non è qui applicabile. — Della capacità putativa.*
II. Delle incapacità naturali: cecità, sordità, mutismo, non conoscenza della lingua del testatore.

I. — 56. Questo articolo indica le qualità generali che si richiedono nei testimoni testamentari, e si applica insieme al testamento mistico e al testamento pubblico.

Le prime due qualità volute, quelle cioè di *maschi* e di *maggiori* non potrebbero offrir difficoltà, ma non è così della terzà. Le parole *sudditi del re* usate sotto il regno non sono state sempre, come ben s'imagina, nel nostro articolo: quando si compilava il Codice, sotto la Repubblica si era voluto che i testimoni fossero *repubblicoli* (era questa l'espressione sostituita all'antica parola *regnicoli* dell'ordinanza del **1735**); sotto l'impero del **1807** alla parola *repubblicoli* furono sostituiti *sudditi dell'Imperatore*, e nel **1816** dettero luogo a *sudditi del Re*.

Delvincourt e Vazeille (n. **11**) fondandosi sull'essere le parole *sudditi del Re* poste in vece di *repubblicoli* e *regnicoli*, opinano che significassero semplicemente *abitanti del regno*; d'onde inferiscono che si può esser testimone in un testamento senza essere Francese, ma essendo domiciliato in Francia, purchè si abbia il godimento dei diritti civili, come vuole la fine dell'articolo. Eglino dicono che quando pure si stesse rigorosamente al significato delle parole *sudditi del Re*, che credono poste per inavvertenza, la loro decisione non potrebbe perciò esser rigettata, essendo lo straniero ammesso *per autorizzazione del Re* a stabilire il suo domicilio in Francia fino a un certo punto *suddito del Re*. Una decisione di Torino (**10** aprile **1809**) ha giudicato in questo senso. — Ma gli è questo un errore. E primieramente, nelle nostre antiche leggi la parola *regnicolo* non significava quello che sembra risaltare dalla sua etimologia; era un termine di giurisprudenza che valeva un *abitante* del regno, ma *suddito* del regno, in opposizione a quello di *aubain* o straniero: « Noi chiamiamo *regnicoli*, diceva Domat, i sudditi del Re, e stranieri quelli che lo sono di un altro Stato (*Libro preliminare*, tit. II, sez. 2, n. II). Dunque con ragione e con molta esattezza le parole *regnicoli* e *repubblicoli* erano state sostituiti dalle parole *sudditi dell'Imperadore*, *sudditi del*

* Non è responsabile il notaio della nullità del testamento se abbia adoperato testimoni illegali in un comune non suo, ove gli si da a credere che quei testimoni non abbian vizi. Corte suprema di Napoli, **11** giugno **1827**.

Non è obbligato il notaio alla rifazione dei danni verso l'erede scritto, se venga annullato un testamento per essersi in esso adoperato per testimonio uno straniero. Corte suprema di Napoli, **8** novembre **1831**.

Re. Ora è manifesto che *sudditi del Re* era sinonimo di *Francesi*; e che gli stranieri quand'anche autorizzati a stabilire in Francia il loro domicilio, non sono perciò sudditi del Governo. È necessario adunque che i testimoni testamentari sieno Francesi, e questa è la dottrina degli scrittori e delle decisioni (1).

Bisogna in fine che i Francesi chiamati a far da testimoni nei testamenti, abbiano il godimento dei dritti civili. E qui si tratta come in molti altri articoli del Codice (specialmente negli art. 11 e 15 (9 e 16) del godimento nel senso largo della parola, del godimento pieno ed intero, cioè che comprenda pure lo *esercizio* dei dritti. Onde sono incapaci non solo i morti civilmente, ma quelli che sono colpiti d'interdizione giudiziaria o legale (vedi Codice penale, art. 28. 34, 42 (31, 36, 44)).

57. Le condizioni volute pei testimoni testamentari sono adunque, che sieno Francesi, maschi, maggiori, e che abbiano lo esercizio dei dritti civili. Queste sono le quattro sole condizioni (salvo il caso di incapacità relativa che noi abbiamo spiegato sotto gli articoli 975, 976 (901, 902)); non volendosi qui quelle dell'articolo 9 della legge di ventoso, cioè che i testimoni sieno cittadini, sappiano scrivere, e sieno domiciliati nel circondario. In fatti abbiamo veduto che il Codice per ciò che riguarda i testimoni testamentari, deroga alla legge di ventoso per tutti i punti che regola; e siccome ci presenta uno articolo speciale per determinare le qualità dei testimoni, così non sono applicabili quelle della legge di ventoso. Onde l'individuo che per naturalizzazione abbia ottenuto la qualità di Francese e non quella di cittadino, potrà esser testimone; parimente colui che non saprebbe firmare nel caso espresso dall'articolo 974 (900); in fine non importerà conoscere ove il Francese fosse domiciliato, dovendo ammettersi quando pure lo fosse fuori della Francia perchè non è meno suddito dello Stato. La dottrina di Toullier (V-367) e di alcune decisioni secondo cui il testimone dovrebbe esser domiciliato nel circondario, è stata dunque con buona ragione rigettata dal più degli scrittori e dalla giurisprudenza (2).

58. Del resto la legge vuole una capacità non putativa, ma reale ed effettiva; nè basterebbe per esser valido il testamento che il testatore avesse creduto che esistessero le volute qualità ne' testimoni che non le avevano. Nondimeno siccome la legge non ha certo voluto sottomettere lo esercizio del dritto di testare a condizioni impossibili. si deve mantenere il testamento quando fosse veramente invincibile l'errore: ciò ha fatto la giurisprudenza (3).

Oltre alle incapacità assolute che risultano dalla mancanza di una delle quattro condizioni volute dal nostro articolo, e delle incapacità relative regolate dall' art. 975 (901) per il testamento pubblico e dalla legge di ventoso (per il testamento mistico) possono esservi pure altre cause d'impedimento che si sono chiamate incapacità naturali, e che sono piuttosto impossibilità fisiche. Noi vogliamo dire delle circostanze che metterebbero un testimone in istato da non poter compire l'officio confidatogli dalla legge.

II.—59. Così dapprima il cieco non può esser mai testimone, non potendo sapere per sè

(1) Merlin (alla parola *Testimoni strumentari*, § 2. n. 3); Toullier e Duvergier (V-395); Favard (alla parola *Testamento*, sez. 1, § 3, art. 2); Duranton (IX, 105); Dalloz (cap. 6, sez. 4. art. 5); Poujol (art. 975 (901), n. 4); Coin Deliste (n 7) e Grenier (n. 247 *bis*), che avea primo insegnato il contrario nelle sue due prime edizioni; Rennes, 11 ottobre 1809; Rig., 23 gennaro 1811; Colmar, 13 febbr. 1818; Tolosa, 10 marzo 1826; Rig., 23 aprile 1828.

(2) Merlin (*loc. cit.*). Grenier (n. 247); Duranton (IX 112; Coin-Deliste (n. 17 e 19); Bruxelles, 13 dicembre 1808; Limoges, 7 dicembre 1809; Douai, 27 aprile 1812; Caen, 19 ottobre 1812; Parigi, 1, aprile 1814; Rouen. 16 novembre 1818; Bordeaux, 17 marzo 1821; Orléans, 11 ottobre 1823; Bordeaux, 18 ottobre 1323; Rig., 17 ottobre 1824; Rig. 10 marzo 1825; Cassaz., 4 gennaro 1826; Rouen. 13 marzo 1840; Rig., 3 ottobre 1841 (Devill., 41, 1. 863).

(3) Vedi fra le altre decisioni, Limoges. 7 dicembre 1809; Grenoble, 14 ott. 1811; Colmar, 13 giugno 1819; Rig., 28 febbraro 1821; Metz, 28 marzo 1822; Colmar, 17 luglio 1828; Rig., 18 gennaro 1830; Agen e Rig., 31 giugno 1831; Aix, 30 giugno 1828 (Devill., 34,1, 452, 39, 2, 85).

stesso se il notaro scriva il testamento o la soprascrizione, se tutti i testimoni sieno e rimangano presenti, ecc. — Quegli che è assolutamente sordo non può esser testimone nel testamento pubblico, perchè non intenderebbe nè ciò che detta il testatore nè la lettura che deve farne poi il notaro. Non potrebbe nemmeno esserlo nel testamento mistico ordinario, non intendendo il testatore che dichiara se il suo testamento sia scritto o sottoscritto da lui, o se solamente sottoscritto. Ma potrebbe ammettersi nel testamento mistico di colui che non parla; potendo ben leggere come gli altri testimoni la enunciazione che il testatore fa allora in iscritto di tal circostanza. — Quanto al muto, siccome un testimone nulla deve dire nè per il testamento pubblico, nè per il mistico, non sarebbe incapace, purchè solo fosse in istato di attestare ciò che fosse avvenuto, cioè purchè potesse manifestarsi o con la scrittura o coi segni. — È infine manifesto che non sarebbero validamente testimoni coloro che non comprendessero perfettamente la lingua o il dialetto nel quale si esprima il testatore, tranne che non fosse un testamento mistico, e il testatore che non potrebbe parlare in francese facesse uso dell'art. 979 (905) scrivendo anzichè pronunziare la menzione voluta dalla legge (dopo avere scritto da se stesso, datato e sottoscritto le sue disposizioni secondo vuole l'art. 979 (905)): in questo caso che il testatore non deve parlare, non monta che i testimoni non comprendano la sua lingua, bastando che potessero attestare che egli abbia scritto ciò che precede l'atto di soprascrizione e che lo abbia sottoscritto.

SEZIONE II.

DELLE REGOLE PARTICOLARI SULLA FORMA DI ALCUNI TESTAMENTI.

60. Le regole speciali qui annunziate riguardano quattro casi per cui la legge si allontana dalle forme rigorose stanziate nella precedente sezione. I quattro casi sono i seguenti: 1° il testamento militare; 2° quello fatto in un luogo con cui per effetto di un contagio si sieno rotte le comunicazioni; 3° quello fatto sul mare; 4° il testamento infine fatto da un Francese in paese straniero.

La sezione si occupa del testamento militare negli articoli 981-984 (907-910); del testamento fatto durante un contagio negli articoli 985-987 (911-913); di quello fatto sul mare negli articoli 988-997 (914-923); nell'articolo 999 (914) dà una regola comune ai tre casi; tratta poi del testamento fatto in paese straniero negli articoli 998-1000 (924-926); stanziando in fine nell'art. 1001 (927) una disposizione applicabile a tutti i casi previsti dalle due sezioni, e che dichiara che tutte le formalità generali o particolari volute dal Codice pei testamenti lo sieno tutti a pena di nullità.

Dall'art. 1001 (927) ben si scorge non essere la rubrica della presente sezione più esatta, che quella della precedente. La nostra sezione che ci annunzia solo *particolari regole*, ne contiene pure una generalissima; come la sezione prima, non ostante il suo titolo di *regole generali*, offre molte disposizioni particolari ad alcune specie di testamenti. Questo difetto di metodo mena qualche difficoltà; ed è controverso quali sieno quelle regole della prima sezione che debbono aversi per generali, e quindi applicarsi ai casi preveduti dalla sezione che noi spiegheremo. Esamineremo cotal quistione sotto l'articolo 998 (924).

981 (907). — I testamenti de' militari e delle persone impiegate presso le armate, potranno, in qualunque siasi paese, essere ricevuti da un capo di battaglione o di squadrone, o da qualche altro officiale di grado superiore, in presenza di

due testimoni, o da due commissari di guerra, o da un solo di essi in presenza di due testimoni.*

61. Il testamento militare è permesso solo a quelli che sono soldati o attaccati all'armata per incarico del Governo, purchè si trovino nelle circostanze che ci saranno indicate nell'art. 983 (909). Quelli che seguiranno l'armata senza un pubblico incarico, non possono allegare il nostro articolo, non essendo legalmente impiegati dell'armata.

Il testamento militare può essere ricevuto: 1° da un capo di battaglione o di uno squadrone, o altro qualunque ufiziale superiore assistito da due testimoni; 2° da un intendente o sottintendente militare (che dal 29 luglio 1817 è in luogo dei commissari di guerra) assistito parimente da due testimoni; 3° da due intendenti o sottintendenti militari senza assistenza di testimoni.—Parrebbe naturale l'accordare agli ufficiali superiori, come agli intendenti e sottintendenti il dritto di procedere senza testimoni, quando agiscano due insieme. Ma il nostro articolo non lo dice, e quindi cotesti due ufficiali non avrebbero tal potere; il secondo potrebbe solo far da testimone, e se ne deve aggiungere un altro perchè potesse ricevert il testamento. Ma d'altra parte la competenza degli ufficiali e degli inteadenti non è qui relativa, come nell'articolo 89 (94) per le fonzioni di ufficiale di stato civile; ma assoluta per tutti i membri della armata, e gl'intendenti o sottintendenti possono ricevere il testamento dei soldati, come gli ufficiali quello degli impiegati.

982 (908).—Potranno ancora, se il testatore è ammalato o ferito, essere ricevuti dall'ufficiale in capo di sanità, assistito dal comandante militare incaricato della polizia dello spedale.

62. Negli ospizi, per quanto sien poco grandi e sia pure una ambulanza di lieve momento, il testamento può esser ricevuto non solo dai funzionari indicati nel precedente articolo, ma anche dall'ufficiale di sanità capo dell'ospizio, assistito dall'ufficiale militare incaricato del comando. Non importa quali sieno i gradi degli ufficiali di sanità e militari; fosse anche il primo un aiutante maggiore, e l'altro un luogotenente, potranno ricevere il testamento senza assistenza di testimoni, essendo preposti l'uno al servigio di sanità, e l'altro al comando. Ma dovranno procedere insieme, e l'uno di essi non potrebbe stender l'atto senza il concorso dell'altro, anche alla presenza dei testimoni. Del resto, perchè competenti fossero i due ufficiali sarebbe bisogno che un ammalato o ferito dovesse fare il suo testamento.

983 (909). — Le disposizioni de' sopraddetti articoli non avranno luogo che in favore di coloro che saranno in ispedizione militare od acquartierati, o in guarnigione fuori del territorio del Regno, o prigionieri presso l'inimico; non potranno però approfittarne coloro che sono acquartierati o in guarnigione nell'interno del Regno, eccettuato il caso che si trovino in una piazza assediata, od in una cittadella o altro luogo, le cui porte sieno chiuse, ed interrotte le comunicazioni a cagione della guerra.

63. Questo articolo è troppo chiaro, e non ha bisogno di svolgimento. Diciamo

* Nell'articolo 907 delle leggi civili sta detto: « I testamenti de' militari e delle persone impiegate presso l'armata potranno in qualunque paese essere ricevuti dal Maggiore o da qualunque altro uffiziale di grado superiore in presenza di due testimoni, o da due commissari ordinatori, o da un solo di essi in presenza di due testimoni.

solo che il dritto di testare militarmente non potrebbe secondo noi appartenere al militare che è stato licenziato, nè all' impiegato che è stato dimesso o destituito. Coin-Delisle opina che il militare che ha avuto la sua licenza diffinitiva debba sempre godere dei beneficî attaccati alla sua qualità, durante il suo soggiorno fuori il territorio francese; ma non potremmo essere della sua. Siamo qui in una materia di puro dritto civile, e le disposizioni della quale non possono nè estendersi o restringersi oltre alle regole positive del Codice; or l'articolo 681 (602) parla del testamento dei militari, e quello che è stato licenziato non lo è più.

Ma non sarebbe lo stesso, che che ne dica Delvincourt (fondandosi sopra una legge romana non applicabile da noi), dello ufficiale superiore a cui si sarebbe tolto il comando, essendo già arrivato il successore. In Roma i capi delle truppe non erano più militari appena richiamati, in Francia al contrario l'ufficiale resta sempre tale, conservando il suo grado, quando gli si toglie il comando di cui era incaricato. Ora essendo sempre ufficiale e militare può quindi testare militarmente, fino che sta colle truppe fuori del territorio, o in luogo di esso, con cui per effetto della guerra sieno rotte le comunicazioni.

984 (910).—Il testamento fatto secondo la forma sopra stabilita, sarà nullo sei mesi dopo il ritorno del testatore in un luogo ove possa fare testamento colle forme ordinarie.

64. — Dal ravvicinamento dei tre articoli 984, 987 e 996 (910, 913 e 922) ben si scorge che i tre testamenti privilegiati di cui parliamo perdono la loro efficacia dopo un termine (ora di sei mesi, ora di tre) da quando il loro autore abbia 1° ha perduto il dritto di testare per eccezione; 2° o ha potuto testare in una delle forme ordinarie. È questo il principio espresso dal nostro articolo di un modo incompleto, parlando solo di un testatore che ritorni in un luogo ove può usare le forme ordinarie; ma non era necessario parlare solo del testatore *che esca dal luogo ove patera testare* militarmente, ma più generalmente di quello che *perda per qualunque causa il dritto* di testare in quel modo, e possa altronde testare nella forma ordinaria. Onde, per modo di esempio, un militare licenziato resti nell' armata come domestico di un ufficiale dopo aver fatto il suo testamento militare; se perduto il dritto di testare in quel modo, egli sia nel caso di farlo in una forma ordinaria (se per modo di esempio, sappia scrivere un testamento olografo) cominciano immediatamente i sei mesi a contare dai quali il suo testamento militare sarà nullo, ma se non può fare il testamento olografo i sei mesi correranno dal giorno in cui avrà potuto dirigersi a uno ufficiale pubblico ordinario. Così durante i sei mesi che cominceranno dall'uno o dall' altro punto, il testatore non ha il dritto *di fare* un testamento privilegiato, ma conserva sempre il dritto di aver quello che avea fatto.

Se poi prima che spirino i sei mesi, il testatore fosse di nuovo nelle condizioni richieste per fare un testamento militare, il suo dritto *di avere* un tal testamento che non è cessato continuerebbe senza interruzione, e il primo testamento resterebbe quindi valido fino allo spirare dei sei mesi a contare dalla novella causa di decadenza. Ma se il testatore riavesse il dritto di testare militarmente dopo i sei mesi, essendo cessata la efficacia del primo testamento, il suo autore dovrebbe farne un altro se non volesse morire *intestato*.

985 (911). — I testamenti fatti in un luogo in cui saranno interrotte tutte le comunicazioni a cagione della peste o di altra malattia contagiosa, potranno essere

fatti avanti il giudice di pace, od avanti uno degli ufficiali municipali della comune in presenza di due testimoni.

986 (912). — Questa disposizione avrà luogo a favore tanto di quelli che saranno attaccati da tali malattie, quanto di coloro che si troveranno ne' luoghi infetti, comunque non sieno attualmente ammalati.

987 (913).—I testamenti mentovati nei due precedenti articoli diverranno nulli sei mesi dopo che le comunicazioni saranno state riaperte nel luogo in cui trovasi il testatore, ovvero sei mesi dopo che questi si sarà trasferito in un luogo in cui non saranno interrotte.

65. Quando per cagion di contagio sono interrotte le comunicazioni con un paese, tutti coloro che ivi si trovano, sieno o pur no attaccati dal male, possono fare stendere il loro testamento dal giudice di pace del cantone, o dal suo supplente, o dai sindaci (maires) o aggiunti del comune purchè l' ufficiale che lo compila sia assistito da due testimoni. Delaporte ha scritto non essere competente il supplente del giudice di pace perchè gli *assessori* che al tempo in cui si faceva il Codice erano presso i giudici di pace, furono tolti dal nostro articolo, mentre si erano compresi nel progetto. Inefficace è tal ragione, essendo gli assessori altra cosa che i supplenti dei nostri tempi. Il supplente sostituisce il giudice di pace impedito, è giudice di pace in secondo luogo, e fa le veci del giudice in primo, nel caso che questi fosse impedito. Gli assessori al contrario non potevano far nulla di ciò che faceva il giudice di pace, essendo solo incaricato di assistere lui che non poteva giudicare senza di loro; ma poichè il supplente è pur giudice di pace ove questi sia impedito, il dritto accordato all' uno dal nostro articolo appartiene quindi all' altro.

Coin-Delisle che come noi non concorre nei sentimenti di Delaporte, insegna doversi applicare i nostri articoli quando le comunicazioni sieno interrotte *officialmente*. Noi non potremmo accostarci a tale opinione; pensando con Bouschet, che gli abitanti del paese attaccato dalla peste possano godere del beneficio della legge da quando in fatto le comunicazioni sieno state interrotte senza che si sappia se l' autorità amministrativa abbia dato dei provvedimenti. Il Codice non vuole che la comunicazione sia officialmente interrotta, e nessuno ha dritto d' essere più severo di lui: gl' infelici abitanti non possono soffrire per la negghiezza di un prefetto.

66. Il testamento così fatto resta valido come quello militare durante i sei mesi dal giorno in cui il suo autore abbia perduto il dritto di farlo, o potuto far testamento nella forma ordinaria. (Art. 984 (910)).

67. Ai nostri articoli bisogna si aggiunga l' articolo 19 della legge del 2 marzo 1822, che autorizza i membri delle autorità sanitarie a ricevere con le medesime regole nei Lazzaretti ed altri luoghi riservati i testamenti di coloro che si trovano in quarantena.

988 (914).—I testamenti fatti sul mare durante un viaggio, potranno essere ricevuti:

A bordo de' vascelli e d'altri bastimenti dello Stato, dall'ufficiale comandante del bastimento, o, in di lui mancanza, da quello che ne fa le veci nell' ordine di servizio, l'uno o l' altro unitamente all' ufficiale di amministrazione ed a colui che ne adempie le funzioni.

Ed a bordo dei bastimenti di commercio potranno essere ricevuti dal segretario della nave o da chi ne fa le veci, l'uno o l'altro unitamente al capitano, proprietario o patrone od in mancanza di questi, dai loro supplenti.

In tutti i casi, questi testamenti devono riceversi alla presenza di due testimoni.

989 (915).—Sui bastimenti dello Stato

il testamento del capitano o quello dell' ufficiale di amministrazione, e sui bastimenti di commercio, il testamento del capitano, del proprietario, o patrone, o quello dello scrivano, potranno essere ricevuti da quelli che loro succedono in ordine di servizio, uniformandosi nel resto alle disposizioni del precedente articolo.

68. Il testamento fatto in mare non può essere ricevuto che da due ufficiali riuniti e assistiti da due testimoni. Osserviamo pure che gli ufficiali o altre persone che sono immediatamente nello ordine del servizio dopo quelli indicati dalla legge, debbano essere presi in mancanza dei primi; onde sarebbe incompetente un luogotenente se il capitano fosse presente e in istato di ricevere l'atto.

Tra i bastimenti di guerra e quelli mercantili la differenza è, che nei primi l'ufficiale riceve l'atto con l' assistenza dello scrivano, mentre avviene il contrario negli altri. Questo forse è, come dice Delvincourt, perchè si sospetta che il capitano o padrone di un bastimento mercantile non fosse sempre abbastanza intelligente.

Quando il testamento a ricevere è appunto di uno di quelli incaricati a ricevere il testamento degli altri, bisogna per causa dello impedimento rivolgersi allo ufficiale o impiegato che è immediato nell' ordine del servizio.

990 (916). — In tutti i casi, si faranno due originali dei testamenti indicati nei due precedenti articoli.

991 (917). — Se il bastimento approda ad un porto straniero in cui si trovi un commissario delle relazioni commerciali di Francia, coloro che avranno ricevuto il testamento saranno tenuti a depositare l'uno degli originali, chiuso e suggellato, nelle mani di questo Commissario, che lo farà pervenire al Ministro della marina, e questi lo farà depositare alla cancelleria del giudice di pace del luogo ove il testatore ha domicilio.*

992 (918). — Al ritorno del bastimento in Italia, sia nel porto dell'armamento, o in qualunque altro, i due originali del testamento chiusi e suggellati, o l' uno di essi, nel caso che l'altro sia stato depositato durante il viaggio, come nel precedente articolo, saranno consegnati all'ufficio del preposto all'iscrizione marittima; questi li trasmetterà senza ritardo al ministro della marina, il quale ne ordinerà il deposito, come è prescritto dallo stesso articolo.**

69. Questi tre articoli mirano unicamente a sottrarre il testamento fatto in mare ai rischi cui va incontro; vi si tratta dei mezzi di conservazione materiale indifferenti al perfezionamento giuridico dell'atto, e non già di regole di forma. Un testamento di certo avrà sempre la medesima forma, se ne facciano due o uno esemplare, passi o no per le mani del ministro della marina.

Di che segue non doversi applicare a cotesti tre articoli il principio di nullità stanziato dall'articolo 1001 (927). Pure insegna Delvincourt, che il testamento sarebbe nullo, perchè non se ne fossero fatti due originali. Ma gli è questo un errore;

* Nel corrispondente art. 917 leggesi:
« Se il bastimento approda ad un porto straniero in cui si trova un console nazionale, coloro che avranno ricevuto il testamento saranno tenuti a depositare l'uno degli originali chiuso e suggellato nelle mani del console che lo farà pervenire al Segretario di Stato Ministro da cui dipende, e questi, ecc.

** Nel corrispondente art. 918 leggesi:
« Al ritorno... Saranno consegnati all'uffizio della deputazione di salute, questa li trasmetterà senza ritardo al Segretario di Stato Ministro da cui dipende, il quale ne ordinerà il deposito, siccome è prescritto nel medesimo articolo.

essendo chiaro che la legge vuole solo i due originali, perchè se ne trovi sicuramente uno; ciò viene abbastanza provato da tutti insieme i tre articoli. Dippiù l'idea di Delvincourt è rigettata dagli scrittori che han manifestato intorno a ciò le loro idee (1) (vedete sull'art. 992 (918) Delaporte, Vazeille, e Coin-Delisle.

70. Dal dovere che ha il ministro della marina d'inviare il testamento alla cancelleria del giudice di pace. Delaporte e Vazeille hanno inferito che il cancelliere rimarrà depositario della minuta, e che egli dovrebbe rilasciare la spedizione autentica; ma è chiaro che tal conseguenza non risulta affatto dal loro preteso principio. La legge fa il cancelliere depositario del plico sigillato che gli manda il ministro, ma siccome non dice chi ne farà l'apertura e con quali formalità dovrà farsi. nè chi dopo ne resterà depositario, è manifesto che questi diversi punti restino soggetti al comun dritto. Dunque saputasi la morte del testatore il testamento dovrà presentarsi al presidente del tribunale civile che ne stenderà il verbale, e ne ordinerà il deposito presso un notaro (art. 1007 (933) C. civ.); 917 e 918 (994 e 995) C. pr. La legge senza dubbio ordina di mandarsi il plico al giudice di pace, anzichè al tribunale civile, perchè il primo più facilmente del secondo potrà conoscere la morte del testatore, essendo sui luoghi, nel cantone, e dovendo esser chiamato per l'apposizione dei suggelli.

993 (919). — Si noterà sul ruolo del bastimento, ed in margine al nome del testatore, la consegna che sarà stata fatta degli originali del testamento, tanto nelle mani di un commissario delle relazioni commerciali, come all'ufficio di un preposto all'iscrizione marittima.

71. È questa pure una formalità evidentemente estranea alla validità del testamento, e che mira a procurare schiarimenti alle parti interessate.

994 (920). — Il testamento non sarà considerato come fatto sul mare, ancorchè sia stato fatto durante il viaggio, se al tempo in cui fu fatto, la nave fosse approdata ad una terra straniera o dello Stato francese, in cui vi fosse un pubblico uffiziale; nel qual caso non sarà valido, se non quando sarà stato steso secondo le forme prescritte in Francia, o con quelle praticate nel paese in cui sarà stato fatto.

72. Quando pure il testamento fosse fatto durante il corso di un viaggio, non si terrebbe come fatto in mare, se quando esso vien fatto, il bastimento fosse approdato ad un paese in cui fosse un ufficiale francese con l'incarico di ricevere i testamenti nelle forme ordinarie; perchè allora la competenza regolare e generale di cotesto uffiziale francese fa cessare quella eccezionale degli uffiziali del bastimento. Chi vuol testare in questo caso, deve dunque dirigersi 1° all' uffiziale francese se è in Francia; o se è in paese straniero, all' uffiziale francese o a quello del paese secondo a lui piace.

Ma se il paese in cui sono, in Francia o in paese straniero non abbia uffiziale francese, continua la competenza eccezionale di quelli del bastimento; onde sebbene sieno in una città straniera ove si

(1) Delaporte, art. 992 (918); Vazeille (*ibid.*); Coin-Delisle (*ibid.*). — Duranton (IX 164, 165, 166), riproduce semplicemente il testo della legge. — Toullier si restringe *per tutta intera la sezione* a dire che « non vi è nulla ad aggiungere alle disposizioni del Codice sufficientemente chiare » (V-485 *bis*); Una nota di Duvergier nella edizione pubblicata dal dotto continuatore di Toullier ha supplito in qualche modo a quel silenzio; ma la nota si riferisce ad una sola quistione, che noi esamineremo al n. IV sotto l' art. 999 (925), ma non dice alcun che delle controversie di cui ci siamo occupati sotto gli art. 994, 997, 998 (920, 923, 924) e ai n. I, II, III dell'art. 999 (925).

trovino gli uffiziali del paese, e quindi le persone del bastimento possano scendere a terra per fare il loro testamento secondo le regola *locus regit actum* (art. 999 (925)) elle avranno sempre il dritto di fare sul bastimento un testamento marittimo, se loro aggrada. Non la presenza di uffiziali stranieri ma quella solo di un ufficiale pubblico francese doveva far venir meno i poteri degli ufficiali del bastimento. Così volevano la ragione e la dignità nazionale, e ciò chiaramente esprime il nostro articolo, con dire che gli uffiziali del naviglio perderanno le loro facoltà « se il naviglio approda ad una *terra* (straniera, o appartenente al dominio francese) ove fosse *un uffiziale pubblico francese* ». Così la competenza degli ufficiali del naviglio vien meno innanzi il notaro di un paese francese, o innanzi il console francese del paese straniero (vedi art. 999 (925)).

72 *bis*. Pure gli scrittori non hanno indovinato il senso così evidente e razionale del nostro articolo. Delvincourt, Duranton (IX-159), Vazeille e Poujol insegnano che la competenza degli ufficiali del naviglio cessi, perchè si approdi in paese straniero quando pure quivi non fosse alcun uffiziale francese. Onde venire a tal risultamento gli scrittori spiegano le parole *ove fosse un uffiziale francese*, come se fossero solo in relazione con la idea di *terra francese*, e non già con l'idea di *terra straniera*, e fan dire allo articolo « Se il navilio fosse approdato o in terra straniera « in terra francese ove sarebbe un ufficiale francese ». Ma l'articolo anzichè dir questo, dice « *Se il navilio fosse approdato in una terra* straniera o francese, *ove sarebbe un ufficiale* francese ». Onde l'*unico* caso è quello dell'approdo *in un paese ove fosse un ufficiale francese*, non importa se il paese sia francese o straniero. Nè la legge è così compilata per caso; essa contiene una dottrina preesistente al Codice. (Ved. Valin, art. 1, titolo II, del lib. 3) e i termini del progetto sebbene diversi in qualche parte dall'articolo, erano qui gli stessi (Fenet, II, 289, art. 90).

Ma fa più meraviglia che gli scrittori dopo avere così snaturato la disposizione del nostro articolo ed immaginato per gli ufficiali stranieri una preferenza che non esiste sopra quelli del navilio, meraviglino essi medesimi di questa pretesa differenza e la censurino « La legge, dice Vazeille, preferisce non si sà perchè gli ufficiali stranieri del paese agli ufficiali francesi del bastimento ». No, la legge non preferisce gli ufficiali stranieri a quelli del bastimento, preferendo loro soltanto l'ufficiale pubblico francese.

995 (921).— Le sopraddette disposizioni saranno comuni ai testamenti dei semplici passeggieri che non formano parte dell'equipaggio.

73. L'ordinanza della marina del 1681, a differenza del Codice non permetteva di disporre per testamento marittimo, che dei soli effetti, che il testatore avesse nel bastimento o dei soldi *gages* che gli fossero dovuti; di che alcuni commentatori (combattuti da Valin e Furgole) avevano inferito che il testamento fosse solo autorizzato per le persone dello equipaggio. Il Codice ha voluto prevenire questa idea con dichiarare che tutte le persone possano fare quel testamento.

996 (922). — Il testamento fatto sul mare, nella forma prescritta dall'art. 988 (914), non sarà valido, se non quando il testatore morirà sul mare, o nei tre mesi dopo che sarà disceso in terra, e in un luogo in cui avrebbe potuto nuovamente far testamento nelle forme ordinarie.

74. A questo si applicano le spiegazioni date sull'art. 984 (910).—Onde il testamento marittimo divien nullo dopo tre mesi da che il testatore *abbia perduto il dritto*

di fare un testamento in quel modo, e potuto farne uno nella forma ordinaria. Dunque quando un testatore fosse sceso in un luogo ove non fossero pubblici ufficiali, il suo testamento marittimo non sarebbe meno nullo a capo di tre mesi se egli fosse in istato di fare un testamento olografo; altramente i tre mesi correrebbero dal giorno in cui avrebbe potuto dirigersi ad un pubblico ufficiale. —Così pure il testamento continuerebbe ad esser valido se pria che spirassero i tre mesi il testatore ricominciasse un altro viaggio di mare.

997 (923). — Il testamento fatto sul mare non potrà contenere alcuna disposizione in favore degli ufficiali del vascello quando non siano parenti del testatore.

75. Secondo Duranton (IX-168) e Poujol (n. 5) non solo sarebbe nulla la disposizione fatta in vantaggio di un ufficiale non parente del testatore, ma pure trarrebbe con sè la nullità dell' intero testamento. Non potremmo seguire tal dottrina che è stata confutata da Maleville, Delaporte, Vazeille e Coin-Delisle. Il nostro articolo dice non potere il testamento contenere disposizioni in vantaggio degli uffiziali: d'onde risulta la nullità di esse disposizioni; ma non perciò ne viene pure la nullità dello intiero testamento. Nè si tragga argomento, come fa Duranton, della nullità pronunziata dalla legge di ventoso per il testamento pubblico, che contiene una disposizione in vantaggio del notaro che lo riceve; perchè non solo le nullità non debbono estendersi per l' analogia, ma neppure analogia esiste; la incapacità del nostro articolo è stanziata non contro l' ufficiale che riceve il testamento, ma contro tutti gli uffiziali del navilio. La legge di ventoso stanzia una incapacità contro il notaro che riceve l'atto, non essendo conveniente che un atto sia ricevuto da un uffiziale che sia una delle parti interessate; qui al contrario la incapacità è di tutti gli uffiziali del navilio per questa sola qualità, e per l' ascendente che possono esercitare sopra le persone che sono a bordo.

Nè solo tale incapacità a differenza di quella della legge di ventoso, è stanziata contro tutti gli uffiziali, anzichè contro il solo uffiziale che riceve il testamento, ma esiste per tutti i testamenti fatti in mare e tanto per quelli che non fossero ricevuti dagli uffiziali che per gli altri. Così anche in un testamento olografo il testatore non potrebbe fare alcuna disposizione in vantaggio degli ufficiali. Ciò è abbastanza provato dal ravvicinamento dei nostri due articoli 996 e 997 (922 e 923); nel primo è ristretta a un certo termine la validità del testamento fatto in mare *nella forma dell' art. 988 (914)*; nel secondo si proibiscono le liberalità di cui trattiamo in ogni testamento fatto sopra mare. In fatti non sarebbe così facile per gli ufficiali farsi fare un testamento olografo, quanto farsene dettare un altro? Del resto il nostro articolo riproduce le disposizioni dell' ordinanza del 1681, di cui il terzo articolo dichiarava nulle tutte le disposizioni fatte anche in un testamento olografo in vantaggio degli ufficiali non estendendo la nullità al resto del testamento (vedi Valin).

76. L'uffiziale diviene capace di ricevere quando sia suo parente. Duranton (n. 167) e Coin-Delisle (n. 4) dicono che la parentela perchè possa produrre tale effetto debba essere al dodicesimo grado, o al di quà, non riconoscendosi dalla legge più parentela al di là. Il vero di tal dottrina è così evidente, che non comprendiamo come Vazeille abbia potuto dirla arbitraria. Perciocchè se voi ammettete i parenti del tredicesimo e quattordicesimo grado, dovete pure ammettere quelli del quindicesimo e sedicesimo, e del ventesimo e del trentesimo senza arrestarvi *mai!* Ciò importa che dovrete ammettere *tutti* cancellando il divieto, avvegnacchè se per poco togliete il limite de' gradi, in tutto il mondo non troverete due uomini che non fossero parenti: *tutti* sono cugini, discendendo tutti dal medesimo autore. Dunque

volendo distinguere quelli che si chiamano parenti dagli altri che non lo sono, bisogna *necessariamente* stabilire, espressamente o tacitamente, un limite di grado al di quà e al di là del quale esisterà o non esisterà più parentela. Il nostro articolo dunque suppone un limite che di necessità dev' esser quello della legge, cioè del decimo grado. E si noti che questo computo legale (che si dovrebbe sempre accettare quando fosse troppo stretto, appunto perchè è quello legale) è abbastanza largo, perchè nel mondo di ordinario non si hanno per parenti quelli del nono o decimo grado.

998 (924). — I testamenti contemplati negli antecedenti articoli di questa sezione, saranno sottoscritti dal testatore e da coloro che li avranno ricevuti. — Se il testatore dichiara che non sa o non può firmare, si farà menzione di questa sua dichiarazione come pure della causa che lo impedisce di farlo.

Nel caso in cui si richieda la presenza di due testimoni, il testamento sarà sottoscritto almeno da uno di essi, e si farà menzione della causa per cui l' altro non avrà sottoscritto.

SOMMARIO

I. Regole intorno alla firma dei testamenti privilegiati.
II. Queste regole e le altre indicate dagli altri articoli della sezione sono le sole che debbono applicarsi ai testamenti eccezionali: dissenso con Coin-Delisle.
III. I notari possono anche ricevere i testamenti nella forma privilegiata.

I. — 77. Avendo stanziato nei precedenti otto articoli alcune regole che non riguardano più le forme propriamente dette del testamento, e di cui le disposizioni quindi non vanno colpite dall' art. 1001 (927), il Codice ritorna a quelle forme nel nostro articolo indicando una regola comune ai testamenti privilegiati. I quali devono essere sottoscritti: 1° dal testatore, tranne che non ne sia impedito: 2° da uno almeno dei due testimoni richiesti; 3° infine da quello o quelli da cui il testamento è ricevuto.

Quando il testatore non firma, egli medesimo deve dichiarare che non possa firmare, dovendo farsi menzione della sua dichiarazione non che della causa dello impedimento; onde l' ufficiale che compila non deve annunziare da se l'impedimento, ma manifestarlo come dichiarato dal testatore. Quando uno dei testimoni non firma, l'impedimento e la sua causa devono pure essere espresse, bastando che il compilatore li enunzii da se medesimo, senza far menzione della dichiarazione del testimonio.

II. — 78. Le regole indicate da questo articolo, e quelle che in questa sezione II abbiamo già incontrato, sono le sole che debbono applicarsi ai testamenti eccezionali, ovvero essi testamenti van pure soggetti ad alcune delle regole della prima sezione? Coin-Delisle (*osservazioni preliminari sulla sezione*) vuole che sieno applicabili alla nostra sezione tutti quelli articoli della precedente, le di cui disposizioni non sieno incompatibili con quelle indicate nella presente. Onde lo art. 969 (894) che ammette tre sorta di testamenti; (olografo, pubblico e mistico); l' articolo 975 (901) che vieta si prendano per testimoni i legatari e loro parenti o affini sino al quarto grado, l'articolo 980 (906) che vuole che i testimoni sieno maschi, francesi, ecc. governano secondo Coin-Delisle tanto la nostra sezione, quanto quella in cui sono scritti. Ma noi non ci accostiamo alla opinione di lui; la nostra sezione non ha bisogno di completarsi con le regole della precedente (1) * Ecco per quali considerazioni ci siamo noi determinati.

(1) Conf. Grenier (n. 278) Duranton (IX, 150), Dalloz, cap. 6, sez. 6. Poujol. art. 981 (907) (n. 2).

* Troplong, *Donazione e testamenti*, n. 1731.
Sonoci però delle condizioni generali che deb-

79. 1° Il Codice incominciando la nostra sezione non ha detto (come ha fatto incominciando il capitolo V del titolo degli *atti dello stato civile* per gli atti relativi ai militari fuori del territorio) doversi seguire le regole precedenti salvo le eccezioni seguenti; al contrario presenta queste nuove regole senza alcuna osservazione, come indipendenti dalle prime e formanti per se sole un intero sistema.

2. Se il legislatore avesse voluto applicare ai testamenti privilegiati quelle precedenti disposizioni a cui la nostra sezione non avrebbe derogato, se avesse pensato che la sezione II. si rendesse completa colla 1ª, nessuno articolo di questa avrebbe dovuto essere identicamente riprodotto nella seconda; se ogni regola scritta nella prima si fosse dovuta di pieno dritto applicare all' altra, è manifesto che non si sarebbe ripetuta qui una regola già scritta sopra. Or l'art. 972 (897) il quale vuole che il testatore firmi, o, se egli dichiari di non sapere o non potere si faccia menzione della sua dichiarazione e della causa dell' impedimento, è riprodotto litteralmente nel secondo paragrafo del nostro articolo. Non è egli perciò evidente che il legislatore intendeva nulla la nostra sezione dover prendere della precedente sui casi di cui ella si occupa.

3. Secondo Coin-Delisle l'art. 969 (894) che stabilisce tre forme di testamento (olografo, pubblico e mistico) dovrebbe valere tanto pei testamenti eccezionali quanto per gli ordinari. « E primieramente non v' è » difficoltà, dice il nostro dotto collega, per » il testamento olografo la di cui estrema » semplicità permette ad ognuno di far » testamento in quella forma, in qualun» que tempo e luogo ». Ma non ci inganneremmo noi se somigliante argomento venisse accolto? Senza fallo il testamento olografo è permesso in mare e alla armata, come da per tutto; ma lo è come testamento ordinario, non già come testamento militare o marittimo ; secondo il dritto comune, e non già come testamento eccezionale privilegiato. Colui che in mare, all'armata, o in un paese di cui per ragion di contagio sieno interrotte le comunicazioni, scrive un testamento olografo, non gode di alcun privilegio. In breve non v'è testamento olografo privilegiato, ma il solo ordinario. Dunque la regola che stabilisce il testamento olografo, non governa le due materie dei testamenti ordinari e di quelli privilegiati.—Non è forse di arbitrio il pretendere che fosse permesso il testamento mistico nelle circostanze eccezionali della nostra sezione , quando il Codice ne tace affatto ? La legge bene o male riguarda il riceversi del testamento mistico come cosa più grave del riceversi del testamento pubblico : di che è prova che per quest' ultimo bastano quattro testimoni o anche due se vi sono due notari (articolo 971 (896), laddove vuole *almeno sei testimoni* nel testamento mistico, art. 976 (902). Ma se è così, non si può dunque inferire dal dritto di ricevere il testamento pubblico quello di ricevere altresì il testamento mistico. D' altronde se il testatore avesse voluto permettere il testamento mistico nei casi previsti nella nostra sezione avrebbe per fermo mitigato per tali difficili circostanze le condizioni tanto rigorose degli articoli 976,977 (908,

bono osservarsi ne' testamenti di cui tratta la nostra sezione , attesochè la sezione precedente ne fa una regola.

Così l'art. 967 (892), che dispensa il testamento dal contenere un' istituzione d' erede e l' art. 968 (893) che vieta i testamenti mutui congiuntivi sono entrambi applicabili, dippiù l'art. 980 (906) relativo alla qualità de' testimoni governa eziandio i testamenti speciali, di cui si tratta. E non si potrebbe più giudicare al dì d' oggi, come faceva il parlamento di Tolosa, che i testimoni di un testamento ricevuto in tempo di peste esser potessero del sesso femminile.

Del resto, in quanto ai testimoni del testamento militare, una istruzione data dal ministro della guerra il 24 brumale anno XII rammenta che i testimoni esser debbano maschi e maggiori.

Le regole segnati dal Codice nell' art. 975 (901) intorno alla capacità relativa de' testimoni trovano parimente applicazione in questa materia ; e se fra i testimoni vi fosse un legatorio ovvero un parente o un affine d' un legatario, in grado proibito, il testamento, malgrado la sua forma privilegiata, sarebbe nullo. Gli è questo un de' punti contemplati nelle istruzioni del ministro della guerra.

903). Onde per modo di esempio, invece di sei testimoni che sarebbe spesso ben difficile per non dire impossibile procurare ne sarebbe bastata una metà, come per il testamento pubblico; il suo silenzio adunque è prova sotto questo aspetto che la legge non vuole il testamento mistico eccezionale, come nè il testamento olografo. Gli è vero che queste cose non imbarazzano Coin-Delisle, il quale annunzia, come irrecusabile proposizione, che « quanto al testamento mistico ricevuto » all'armata, in mare o al tempo di peste, è *cosa evidente* non poter *valere* » *tutte le formalità* perscritte dagli articoli 976, 977 (902, 903) » (n. 13); alla buon'ora questa dottrina è tanto semplice che commoda; ma l'arbitrio non vi è punto dissimulato.

4° Da ultimo è vero che le rubriche delle nostre due sezioni non sieno perfettamente esatte, che la divisione della nostra materia non sia in tutta logica; che i primi due articoli della prima sezione (967 e 968 (892, 893)) si applicano altresì alla seconda, come l'ultimo articolo alla seconda (1001 (927)) anche alla prima; tutto questo è incontrastabile e potrebbe far generare dei dubbi. Ma ci sembra che un maturo esame debba dileguare i dubbi e far cogliere l'ordine razionale delle idee in questo tutto, ove pare esistere confusione. Vedremo guardando più da presso che il fondo sia qui più logico della forma, e se non c'è metodo nella espressione ci è nel pensiero.

Le due rubriche parlando di *regole generali* e di *regole particolari* non dicono ciò che si è voluto dire; la distinzione della generalità e della specialità non versa tanto sulle regole, quanto su i testamenti; trattandosi di regole dei *testamenti generali o ordinari*, e di regole di *testamenti particolari* o *eccezionali*. Testamenti ordinari e di dritto comune, testamenti eccezionali, e privilegiati, ecco il doppio obbietto delle nostre sezioni. Ora è vero che la prima sezione, sebbene prenda per oggetto i testamenti ordinari, incominci dallo stabilire due regole applicabili egualmente a quelli eccezionali, e che la seconda, che dovrebbe per intero occuparsi dei testamenti eccezionali comprenda una disposizione finale riferentesi egualmente ai testamenti ordinari; se non che tale irregolarità si comprende e si spiega, in prima per la poca estensione comparativa delle disposizioni che son mal collocate in ogni sezione, poi e specialmente per il luogo che occupano. Tali disposizioni formano tre articoli sopra trentacinque nella prima sezione, ed uno sopra ventuno nella seconda: ben si comprende che i compilatori abbiano scritto le loro rubriche senza tenerne ragione. Ciò si comprende specialmente osservando che due di essi articoli sono *in capo* della *prima* sezione, e il terzo *alla fine e seconda*; talmente che il tutto forma realmente un intero discorso che incomincia colle idee generali (art. 967, 968 (892, 893)) divisesi poi in due grandi parti che ne fanno il corpo (art. 969, 980 (894, 906)), art. 981-1000 (907, 926) e poi termina con una idea generale che è sanzione di tutta la materia (articolo 1001 (927)).

Per lo contrario diverrebbe inesplicabile nel sistema di Coin-Delisle l'andamento della nostra prima sezione: indicherebbe la legge alcune regole comuni a tutti i testamenti negli art. 967, 968, 969 e 970 (892, 893, 894 e 895); tratterebbe poi dei testamenti ordinari negli art. 971 e 972 (896 e 897); ritornerebbe alle regole comuni nell'art. 973 (899); a quelle speciali nell'art. 974 (906), e di nuovo alle comuni nell'art. 975 (901), e di nuovo ancora alle speciali negli art. 976 a 979 (902 a 905), e detterebbe alla fine una regola comune nell'art. 980 (906)! Questo perpetuo andare e venire, questa confusione degli articoli generali con gli speciali non è certamente da ammettersi.

80. Ci sembra dunque certo che nessuna delle regole stanziate negli art. 969, 980 (894, 906) possa essere invocata pei testamenti eccezionali, e che per essi non possa altro permettersi se non ciò che è scritto nella nostra sezione. — Onde il testamento mistico siccome l'olografo, non

potrà mai farsi che secondo le regole comuni; non essendovi altro testamento eccezionale che il pubblico (art. 969, 970 e 676 a 979 (894, 895, 902 a 905)). Questo testamento pubblico non bisogna sia *dettato* dal testatore, potendo essere compilato da un progetto scritto che egli rimetterebbe, o anche dai semplici segni con cui manifesterebbe la sua volontà, o sulle risposte che farebbe alle interrogazioni di chi compila; nè bisognerà fosse scritto di mano di colui che deve riceverlo, potendo esserlo da un terzo sorvegliato da quello; nè sarà necessario darne lettura al testatore e ai testimoni (articolo 971, 972 (896, 897)); in fine non si potranno togliere a testimoni gli stranieri, le donne ed anche le persone, in vantaggio delle quali sarebbero fatte le disposizioni (art. 975, 980 (901, 906)). — Ma per quanto incontrastabile ne sembra tal dottrina, ben si comprende che nella pratica sarà sempre meglio per evitare difficoltà che si compiano tutte le formalità, che noi diciamo non essere richieste dalla legge.

III. — 81. Del resto. ci par evidente, che il dritto conferito dalla nostra sezione agli ufficiali militari, giudici di pace e ufficiali municipali appartenga pure e con più ragione ai notari che in simiglianti circostanze fossero chiamati. Così supponiamo che risieda un notaro in una città francese ove una guarnigione sia assediata, ovvero in un paese, di cui le comunicazioni sieno interrotte per cagion d'un contagio, il notaro residente potrà per fermo ricevere i testamenti secondo le regole della nostra sezione, non essendo tenuto a seguir quelle della precedente; egli potrà stipulare con due testimoni invece di quattro, fare scrivere da uno ajutante, in vece di scrivere egli medesimo, contentarsi di segni o di risposte fatte alle sue interrogazioni, invece di essere obbligato di scrivere sotto la dettatura del testatore, ecc. Se in fatti alcune speciali circostanze han fatto permettere al sindaco *(maire)*, a un capo di battaglione, ecc., di ricevere con lievi formalità un atto che all' infuori di quei casi non potrebbero ricevere in verun modo, come non potrebbe nel medesimo casa ricever l' atto il notaro con le stesse formalità, egli che è sempre incaricato di riceverlo? Nè bisognerebbe trar argomento dal silenzio della nostra sezione intorno al notaro, perchè la competenza di quest' ultimo andava da se e risultava da principi generali. La nostra sezione a fin di rendere agevoli i testamenti nelle circostanze difficili da essa preveduti reca due modificazioni alle comuni: 1° scemando la severità delle forme, e 2° attribuendo la competenza a tali che altronde non l'hanno. Or se un testatore può allora fare uso insieme di cotesti due benefici, egli può altresì, e con più ragione usare di un solo di essi.

82. D' altronde se il notaro non è tenuto allora a seguire le regole della sezione prima, egli lo è al contrario a seguir quelle della legge di ventoso che sieno applicabili ai testamenti. Ricevutosi un atto da un notaro in qualunque siasi circostanza, esso di certo è soggetto alle regole comuni degli atti notarili.

999 (925). — Un Francese che si troverà in estero Stato, potrà disporre con testamento olografo, come è prescritto nell'articolo 970 (895), o con atto autentico nelle forme praticate nel paese in cui questo atto sarà ricevuto.

SOMMARIO

I. La facoltà di fare un testamento olografo è oggidì senza relazione con la massima locus regit actum: dissensa con Coin-Delisle.

II. Tal facoltà costituisce una regola di capacità personale: dissenso con Duranton.

III. Oltre al testamento olografo, il Francese può in paese straniero far testamento nelle forme quivi autorizzate, sieno autentiche o pur no. — Ma non potrebbe fare un testamento congiuntivo: dissenso con Coin-Delisle.

IV. Il Francese può anche in paese straniero fare

stendere il suo testamento nella forma francese dal cancelliere del consolato: dissenso con Duranton, Vazeille, Duvergier, ecc.

I. — 83. Abbiamo veduto sotto l'art. 3 (5), n. VII) che le leggi regolanti la forma degli atti sebbene giusta le circostanze sieno reali o personali secondo che l'atto per cui si applicano si riferisca alla proprietà dei beni o allo stato delle persone, formano una classe separata soggetta ad una speciale regola secondo cui devesi regolare la forma dell'atto dalla legge del paese in cui esso è fatto: *locus regit actum*.

Per tal principio un Francese non potrebbe validamente fare un testamento olografo che sul territorio francese o in un paese, la legge del quale ammettesse pure quella maniera di testare. Questo è avvenuto fino alla pubblicazione del Codice. Bouhier (*Borgogna*, cap. 28); Boullenois (*Statuti reali* e *personali*, tit. II, parte 2, cap. 3) e Ricard medesimo (*Dono mutuo*, n. 307) dopo avere prima insegnato il contrario, pretendevano che la regola *locus regit actum* dovesse solo applicarsi agli atti pubblici, e non fosse efficace per l'atto privato; ma tal distinzione era certamente arbitraria, non essendo stabilita da alcun testo di legge. Dippiù era generalmente ammesso dai migliori scrittori, e da una costante giurisprudenza, che la validità o nullità del testamento olografo dipendesse unicamente dal sapere se fosse permesso o pur no, non già nel paese a cui appartenesse il testatore, ma in quello in cui l'atto si fosse scritto (1).

Ma questo antico principio è stato tolto via dal Codice, e il nostro articolo che consacra l'idea di Bouhier, Boullenois e Ricard restringe l'effetto della regola *locus regit actus* al testamento pubblico. Questo è sempre soggetto alle leggi del paese in cui è fatto; ma il testamento olografo è permesso al Francese in qualunque luogo vada. La è questa una quistione di capacità personale: *il dritto* di fare un testamento olografo è attribuito ad *ogni* Francese, e questo dritto personale conforme all'art. 3 (5) seguirà le persone anche in paese straniero.

Non comprendiamo come Coin Delisle (n. 3, 4, 5 e 6) abbia potuto negare tal risultamento; se Duranton (IX-14) da lui vittoriosamente combattuto abbia avuto il torto di pretendere che così avvenisse prima del Codice, e di censurare l'ultima delle decisioni citate in nota (e che non era affatto una decisione isolata come potrebbe credersi leggendo il dotto professore), Coin-Delisle ha torto di presentare queste medesime decisioni, come se tuttavia autorevoli. Noi non siamo più sotto dell'ordinanza del 1735, ma sotto il Codice civile; e dacchè il nostro articolo con dire da una parte che si potrà sempre far testamento secondo le forme usate nel paese ove ci troveremo, dichiara che il dritto di fare il testamento olografo è inerente ai Francesi, e li segue in *qualunque luogo*, non si può più parlare per il testamento olografo della regola *locus regit actum*, dovendosi considerare non più la *legge del luogo*, ove si è fatto il testamento olografo, ma la qualità della persona che abbia in tal modo testato (2).

II. — 84. Dall'essere oggi una regola di capacità personale quella disposizione che permette i testamenti olografi, conseguita che lo straniero appartenente ad un paese, le di cui leggi non autorizzano quella forma di testare non potrebbe validamente usarla, sebbene fosse residente in Francia, e disponesse di beni francesi le leggi che regolano la capacità non si applicano che alle persone francesi. Questo straniero non può qui invocare la legge del suo paese la quale nella nostra ipotesi non permette il testamento olografo, nè può invocare la regola *locus regit actum*

(1) Furgole (*Testam.*; cap. 2, sez. 2); Pothier (*Donaz. testam.*, cap. 1, art. 2, § 1); Merlin (*Rep.*, alla parola *Testam.*, sez. 2, § 4); ordinanza del 1735 (art. 29, 32, 35, 37); arresto del parlamento di Parigi del 10 marzo 1620, 15 gennaro 1721; 14 giugno 1724, 15 giugno 1777; atto di notorietà di Châtelet (13 sett. 1702); arresto della Corte di cassazione del 15 piovoso anno 2, 28 pratile anno XIII, 20 ottobre 1806.

(2) Delvincourt, Maleville, Grenier, (n. 280), Duranton (*loc. cit.*), Demante (II-368), Vazeille (n. 1.)

essendo in un caso in cui la forma dell'atto non è più dipendente dal luogo.

Duranton (IX-15) non si accosta a tal sentimento, perchè tuttochè egli dica come noi, che la forma olografa non vada affatto soggetta alla regola *locus regit actum*, egli scorge nella facoltà di fare un testamento olografo, non una regola di capacità personale, ma sì una regola di trasmissione dei beni, uno statuto reale, applicabile quindi a tutti i beni di Francia, (art. 3 (5)). Noi non abbracciamo questa idea. Le leggi che determinano se e in quai limiti si possa disporre dei propri beni, sono sicuramente statuti reali e tale è la legge del 14 luglio 1819, che ammette gli stranieri a succedere, disporre, e ricevere in Francia, come gli stessi Francesi. Ma la legge la quale ci dispensa di ricorrere ai pubblici ufficiali per stendere il solenne atto di disposizione, e che fa noi stessi ministri di tale atto, sembra a noi, come a Grenier, Delvincourt e Demante, ordinare una prerogativa inerente alla persona una capacità personale. Indarno insiste Duranton, che la legge del 1819 permetta agli stranieri di disporre del *medesimo modo* che i Francesi. Si tratta della estensione del dritto delle disposizioni, e non delle prerogative con le quali esso può esercitarsi; il che vien provato dalle parole *del medesimo modo* che non si riferiscono solo a *disporre* ma anche a *ricevere e succedere*. Ma non è chiaro che « succedere del medesimo modo » significhi semplicemente « succedere negli stessi limiti, coi dritti così estesi, e secondo le medesime regole di fondo? » In somma se il dritto di fare un testamento olografo fosse considerato dal Codice come una facoltà affatto personale, come un privilegio inerente alla persona, come potrebbe esso seguire il Francese in qualunque luogo! Questo mutamento dagli antichi principî è appunto ciò che costituisce e dimostra la personalità del dritto.

85. Da questo medesimo principio deriva che il testamento olografo di un Francese sarà al contrario valido sempre, in qualsiasi paese fatto, e qualsiasi il luogo in cui si trovino i beni. Onde facciasi il testamento olografo, e i beni sieno siti in un paese, la legge di cui non permette cotesta forma, non sarà quello meno efficace; a condizione che la legge straniera conceda al Francese il dritto generale di far testamento. In fatti, essendo uno statuto reale il dritto di disporre dei propri beni, trasmetterli per testamento, bisogna si consulti la legge del paese ove son siti i beni, a fin di conoscere se e in quali limiti il Francese abbia potuto farlo; per modo che il testamento sarebbe nullo in tutto o in parte se la legge straniera dichiarasse indisponibili i beni in tutto o in parte per il Francese. Ma essendo riconosciuto il dritto di testare dalla legge straniera e nei limiti in cui lo è, lo statuto reale è salvo; e siccome non si attiene a cotesto statuto il sapere se il Francese che poteva testare, abbia potuto farlo nella forma olografa, e deve quindi decidersi secondo la legge francese, lo si deve di certo affermativamente, permettendosi da questa legge che potessero i suoi soggetti fare ovunque il testamento olografo. Nel sistema di Duranton al contrario, statuto reale essendo il dritto di fare un testamento olografo come il dritto generale di far testamento, e dovendo di conseguenza valutarsi secondo la legge del paese in cui son siti i beni, il testamento olografo sarebbe sempre nullo pei beni siti in un paese che quella forma non ammette, quando pure fatto dal Francese in Francia.

86. D'altronde, quando noi diciamo (rigettando il principio di Duranton, e seguendo quello di Grenier, Delvincourt e Demante) essere valido il testamento olografo del Francese ovunque fatto, anche pei beni siti in un paese in cui per legge non sia ammessa quella forma, si deve ben comprendere che noi parliamo della legge francese, la sola che dobbiamo qui interpetrare. — Ma potrebbe avvenire che fosse diversamente per la legge straniera, essendo in disaccordo le due legislazioni. Se, per modo di esempio, la legge straniera non solo non contasse fra le varie maniere di testare quella olografa, ma a tutte le regole relative alla forma di te-

stamenti non desse la qualità di leggi personali; le quali regole a qualsiasi paese appartengano saranno sempre per essa statuti reali; e quindi dichiarerà validi, quanto ai beni che sono sotto il suo impero, i soli testamenti fatti nelle forme da essa autorizzate, ovvero in una di quelle del paese in cui il testatore abbia disposto (secondo la regola *locus regit actum*); in tal caso il testamento olografo fatto dal Francese in cotesto paese pei beni quivi siti, sarebbe ad un tempo nullo per la legge del paese, e valido per quella francese. Il qual conflitto delle due legislazioni, che essendovi reciproca ostinatezza, finirebbe secondo che piaccia all'autorità sovrana sotto di cui si trovino i beni, diciamo, potrebbe solo schivarsi per mezzo di un trattato fra i due potentati.

III.—87 Il nostro articolo derogando alla regola *locus regit actum* per il testamento olografo, non ne riconosce meno l'effetto; dichiarando nella sua finale disposizione valido in Francia qualunque testamento fatto da un Francese in paese straniero nelle forme quivi usate. Ogni Francese adunque può in paese straniero fare un testamento olografo (se sappia scrivere), o farlo in una delle forme, quali che sieno, autorizzate dalla legge del luogo.

Quali che sieno le forme diciamo. Non bisognerebbe credere in fatti che il nostro articolo abbia usato a bello studio la espressione di *testamento autentico*, e che sia indispensabile l'autenticità dell'atto. Il testamento è valido purchè si sieno seguite le forme del paese, autentiche o pur no. La seconda parte del nostro articolo ha voluto dire solamente che il testamento potrebbe farsi secondo la regola *locus regit actum*. Sappiamo che nel progetto del titolo preliminare venia dichiarato in uno articolo « che la forma degli atti è regolata dalle leggi del paese in cui son fatte » e che questo articolo è stato tolto, perchè esprimeva un principio che inutile era sanzionare nel Codice, non essendosi mai contrastato (Fenet, tom. VI, p. 66). Ma se è così, non deesi dunque rigoardare se le forme usate sieno o pur no autentiche; bastando che sieno autorizzate nel paese ove si era. Che diverrebbe senza ciò il Francese il quale non sappia scrivere e dimori in paese in cui per legge non è riconosciuto il testamento autentico? Gli sarebbe pertanto impossibile di far testamento. Il legislatore ha qui parlato di testamento autentico solo in contrapposto al testamento olografo; volendo dire: il Francese in paese straniero potrà sempre fare un testamento olografo; e potrà farlo non olografo nelle forme del paese ». Ha preso la parola *autentico* che naturalmente gli si presentò alla mente, essendo autentico da noi qualunque testamento che non sia olografo (1).

88. Ma perchè si applica la regola *locus regit actum*, è lecito ai Francesi non ostante l'art. 968 (893), fare un testamento congiuntivo, trovandosi in paese ove sia autorizzata tal forma di testare? Coin-Delisle (art. 968 (893), n. 5) risponde del sì, e in fatti, siccome il Codice presenta la disposizione dell'art. 968 (893) come regola di forma, e le regole della nostra sezione derogano a quelle della precedente, sembra doversi decidere in quel modo.

Nondimeno noi non concorriamo al sentimento di lui per quanto sia specioso. E primieramente il grave inconveniente che ha fatto proscrivere il testamento congiuntivo, esisterebbe così per l'atto fatto in paese straniero, che per quello fatto in Francia, nè si può supporre che il legislatore abbia voluto permettere ai Francesi di violare la sua disposizione con un semplice viaggio in paese straniero. È dunque conforme al pensiero intimo della legge il dichiarar nullo il testamento congiuntivo ovunque fosse fatto. E noi opiniamo che la teoria delle nostre due sezioni non si op-

(1) Rig., 30 nov. 1831; Rouen, 21 luglio 1840; Rig., 6 febbr. 1843 (Dev., 32, 1, 52; 40, 2, 513; 40, 1, 209). — Del resto tali testamenti non meno che quello olografo non potrebbero contenere un riconoscimento di figlio naturale (art. 334, 1317 (257, 1271)).

ponga a tal nullità. I due art. 967. 968 (892, 893) non sono di quelli a cui fanno eccezione le regole della nostra seconda sezione; essi, come sopra abbiam veduto, formano come un preambolo che si applica alla sezione seconda, come alla prima, e serbano il loro valore, tanto pei quattro testamenti privilegiati, quanto per le tre maniere di testamenti ordinari. Qui invano si invoca la massima *locus regit actum* alla quale secondo noi si darebbe una estensione che non ha nè può avere, e che gli vien contraddetta dalla natura stessa delle cose. Quando per un vantaggio generale i diversi legislatori ammettono unanimamente potersi seguire sempre la legge del luogo per le forme degli atti, danno essi a tal parola un senso tanto largo, come quello che qui si suppone? Per le forme propriamente dette, quando si vuol sapere se bisogna ricorrere ad uno ufficiale, qual sia questi, come dovrà procedere, se ci vogliono testimoni, e con che condizioni, ecc. ecc. di certo non si trasportano le regole di un paese in un altro; fare stendere un atto in Russia secondo il sistema francese o spagnuolo, e in ogni paese doveva esser lecito seguire la legge del luogo. Ma quando si tratta di una forma impropriamente detta, e che è anzi un divieto personale fatto al Francese; questi potrà impunemente violarlo perchè esista una facoltà contraria nel paese ove per avventura si trovi? Perchè la legge russa consente che più facciamo un testamento in unico atto, sarà perciò meno agevole in Russia che in Francia il fare un testamento a solo? Ogni regola permissiva o facultativa intorno al testamento congiuntivo è di necessità, quando pure sia data come regola di forma, un divieto o un permesso che cade direttamente sulla persona, e quindi non le si deve applicare la massima *locus regit actum*.

IV. — **89.** Oltre al testamento olografo che i Francesi possano ovunque fare, e di quello che possono pur fare nelle forme autorizzate dalla legge del paese ove si trovino, non possono anche i Francesi in paese francese fare stendere il lor testamento secondo le forme francesi alla cancelleria del Consolato? Sappiamo che a ciaschedun console è aggiunto un uffiziale che col nome di *Cancelliere* compie presso quel magistrato gli ufficii di cancelliere, di segretario, alle volte di usciere, ed anche quelli di notaro quando i Francesi ricorrono a lui; ma cotesto uffiziale per essere notaro Francese in paese straniero, non può ricevere i testamenti dei Francesi conformandosi alle leggi imposte a tutti i notari? Grenier (n. 280); Duranton (IX-160): Poujol (n. 4): Vazeille (articolo 944 (868), n. 2) e Duvergier *sopra Toullier* (V-485 *bis*) rispondono del no, ma noi non sapremmo accostarci alla loro opinione.

Si dice dapprima, che l'ordinanza della marina (1681) la quale formalmente accordava ai cancellieri di Consolato il dritto di ricevere i testamenti sia stata abrogata dal Codice, come le altre leggi relative ai testamenti, come tutte le materie che han formato oggetto delle disposizioni del Codice. — Ciò è incontrastabile (sebbene una decisione di Parigi del 27 agosto 1825 abbia giudicato il contrario): avendo il Codice trattato del testamento marittimo (articoli 988-998 (914-924), l'ordinanza del 1681 relativa a quello cade sotto l'art. 7 della legge del 21 marzo 1804, la quale dichiara, che le ordinanze, consuetudini, regolamenti, ecc. cessavano di aver vigore di legge *nelle materie che sono l'oggetto delle leggi che compongono il Codice*. L'ordinanza del 1681 è dunque abrogata; ma da ciò non segue che i cancellieri non abbiano più il dritto di ricevere i testamenti. Eglino in fatto traggono da altre leggi le loro facoltà, e specialmente dall'ordinanza del 3 marzo 1781; e siccome tali leggi prescrivono regole di *dritto pubblico* e si riferiscono quindi a materie di cui il Codice non tratta, e non vanno più abrogate in forza della legge del 21 marzo, ne deriva che i cancellieri perchè son sempre rivestiti del loro ufficio di notari possono sempre ricevere i testamenti, a condizione che seguano non le regole che la ordinanza della marina potrebbe contene-

re, ma quelle del Codice e le altre della legge organica del notariato.

Si trae poi dall' articolo 48 un argomento che non è meno inconcludente. Avendo detto questo articolo, si dice, che i Francesi potrebbero fare stendere nei Consolati i loro atti di stato civile, avrebbe pur detto, se il legislatore lo avesse voluto, che vi potrebbero fare stendere i lor testamenti. — La risposta è facile: il dritto di ricevere gli atti di stato civile spettava nell'antico dritto, non ai notari o ad altri ufficiali civili, ma al clero, agli agenti diplomatici francesi in un paese straniero; essi dunque non avevano mai avuto tal dritto: lo esercitarono dopo il 1792 per una regola di semplice analogia, ed era quindi necessario bandire formalmente questo dritto che fino allora non era in nessun luogo scritto; ma non era così per i testamenti che erano stati sempre ricevuti dai cancellieri di Consolato.

L'ultimo argomento che si vorrebbe cavare dall' art. 994 (920), è fondato sopra una falsa interpetrazione che noi abbiamo combattuto nella spiegazione di quello articolo.

Ci sembra dunque che i cancellieri di Consolato possano ricevere sempre i testamenti del Francese (1).

1000 (926). — I testamenti fatti in estero stato non potranno mandarsi ad esecuzione riguardo ai beni situati nel Regno, che dopo essere stati registrati all'ufficio ove esiste il domicilio del testatore, quando questi ne abbia conservato alcuno, ovvero all'ufficio della sua ultima nota abitazione nel Regno; e quando il testamento contenesse delle disposizioni relative a beni immobili ivi situati, dovrà inoltre registrarsi all' ufficio del luogo in cui si trovano questi immobili, senza che si possa esigere una doppia tassa.

90. Questa non è una formalità *intrinseca* del testamento, una delle forme necessarie per la sua validità; perchè è richiesta quando il testamento è già finito. — E dessa una condiziono estrinseca, necessaria a compiersi per la esecuzione, ma che può sempre recarsi in atto, non essendo dalla legge posto alcun termine.

1001 (927 M). — Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, devono essere osservate sotto pena di nullità *.

91. — Si sa che il presente articolo non intenda parlare di tutte le formalità relative ai testamenti, ma solo di quelle che sono in vero forme costitutive del testamento; per modo che la nullità qui pronunziata non cade sugli articoli 990 a 993 e 1000 (916 a 929 e 926). Questa idea del resto è stata svolta in tutta questa sezione.

Vedremo sotto gli articoli 1339 e 1340 (1293 e 1294) se l'approvazione o la esecuzione volontaria di un testamento, fatto dall' erede *ab intestato*, sarebbe una eccezione di inammessibilità contro la nullità di forma del testamento.

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Testamento*, sezione 2, art. 3, art. 8), Delvincourt, Delaporte (articolo 994 (926), Dalloz, cap. 6, sez. 6, n. 4); Coin-Delisle (n. 8-15).

* Il corrispondente art. 927 è così concepito.

Le formalità alle quali sono soggetti i diversi testamenti in forza delle disposizioni della presente e della precedente sezione, debbono osservarsi sotto pena di nullità, tranne le seguenti eccezioni:

1.° se siasi omesso di far menzione espressa di essere stato scritto il testamento di carattere del notajo cui fu dettato, tal mancanza non nuocerà alla sua validità, quando consti legittimamente che sia stato in realtà scritto dal notajo medesimo:

2.° se siasi omessa qualche solennità richiesta dal regolamento notariale, alla cui mancanza secondo lo stesso regolamento non è annessa pena di nullità.

SEZIONE III.

DELLE ISTITUZIONI D'EREDE, E DEI LEGATI IN GENERALE.

1002 (928).—Le disposizioni testamentarie sono o universali o a titolo universale, o a titolo particolare.

Ciascheduna di queste disposizioni fatta tanto sotto la denominazione d'istituzione di erede, quanto di legato, produrrà il suo effetto secondo le regole in appresso stabilite per i legati universali, per i legati a titolo universale, e per i legati particolari.

92. Come si sa, havvi grandissima differenza fra l'*erede* propriamente detto, e il semplice *legatario*;—l'erede è successore alla stessa persona del defunto, mentre il legatario succede ai beni di lui;—la legge romana, seguita un tempo nelle nostre provincie di dritto scritto, riconosceva eredi *ab intestato* ed anche eredi testamentari, mentre il nostro dritto francese, la regola delle nostre consuetudini nazionali, ha ammesso sempre eredi *ab intestato*, permettendo che per testamento si facessero solo legatari; — infine il Codice, tuttochè lasci arbitrio nello usare i termini, ha seguito per il fondo la regola del nostro dritto nazionale, proscrivendo gli eredi testamentari.

Di ciò è prova il nostro articolo il quale dichiara che le disposizioni testamentarie fatte sotto il nome di istituzione di erede o altramente, saranno sempre dei legati. Si noti pure esser questo l'unico obbietto dell'articolo e quindi della sezione che di esso solo si compone.

E non a caso le cose sono state così ordinate.—Per lo contrario, non esisteva dapprima questa sezione speciale; e il Tribunato l'ha posta col fine da noi indicato, ecc. È conveniente—diceva il Tribunato—lasciar sussistere la denominazione di *istituzione di eredi* che è tanto in uso, ma ad un tempo giova annunziare che non vi sarà mai *alcuna differenza* fra la denominazione di erede e quella di legatario; e che tutti gli effetti specialmente attribuiti dalle leggi romane al titolo di erede, *sono interamente svaniti*.—Però si propose fare una altra sezione di un solo articolo che contenesse questa idea cardinale ». (Fenet, t. XII, p. 149.)

93.—Onde è incontrastabile che per testamento non si fanno più eredi, successori alla persona, ma semplici legatari, semplici successori ai beni; e che quindi il successore testamentario non può essere mai tenuto con questa qualità, a pagare i debiti del defunto *ultra vires bonorum*. È dunque inesatto il dire, come fa Coin-Delisle (art. 1003 (929), n. 1)), che « quando non vi è erede legittimario, il legato universale è oggidì una vera istituzione di erede, e si può definire: la donazione per testamento di tutti i dritti attivi e passivi del defunto. »

I legati, come scorgesi dal nostro articolo, sono 1. universali, 2. a titolo universale 3. particolari o a titolo particolare.

Il Codice consacrerà a ciascun delle tre classi una sezione speciale (1).

SEZIONE IV.

DEL LEGATO UNIVERSALE.

1003 (929)—Il legato universale è la disposizione testamentaria con cui il testa-

(1) Sotto l'art. 1017 (971) sarà esaminato se i legati debbano pagarsi dall'erede puro e semplice *ultra vires bonorum*.

tore dona ad una o a più persone l'universalità dei beni ch' egli lascerà dopo la sua morte *.

SOMMARIO

I. Il legato universale è quello che dà dritto, almeno eventualmente, alla universalità de' beni.— Esempi.

II. Che cosa si intende per universalità.—Rimando pei legati di usufrutto.

I. — 94. Il legato *universale*, a differenza di quello *a titolo universale*, è facile definirlo in poche parole; è l'attribuzione, fatta per testamento, del dritto almeno eventuale, alla universalità dei beni del testatore. Così se dichiaro di legare o donare, o attribuire (non importando la espressione) a Pietro, tutto ciò che lascerò alla morte, ho fatto un legato universale.— Se dichiaro dargli tutti i beni che *saranno disponibili* alla mia morte, fo pure un legato universale; potendo avvenire che tutti i miei beni fossero disponibili, e quindi vi è chiamata a tutti.—Così pure, se ho donato *il mio disponibile*; potendo esso abbracciare il mio intero patrimonio.—Se lego la mia eredità a Pietro e Paolo fo due legati universali; perchè ciascuno dei legatarî ha un dritto eventuale all'intera successione: morendo Pietro innanzi a me ovvero rifiutando il legato, ovvero essendo incapace per una qualunque causa, Paolo prenderà il tutto (art. 1044 (999)). Gli è il vero che succedendo al loro padre e concorrendo insieme, ciascheduno avrebbe la metà; ma non perchè ciascuno sia chiamato alla metà, ma perchè, non potendo il dritto di ciascheduno alla totalità recarsi in atto in faccia al dritto oguale e identico dell' altro, deve farsi una divisione che scemi l' oggetto del dritto, *concursu partes fiunt*, avvenendo ciò che avviene a due figli che sono obbligati a far delle porzioni, sebbene ciascuno abbia dritto all' intero, poichè *nemo pro parte heres*. Ma, lo ripetiamo; se uno dei legatarî fosse solo, e l'altro da parte per qualsiasi causa, egli avrebbe il tutto, e conseguentemente il suo legato è universale.

Parimente e per medesimezza di ragione, il legatario che ha dritto allo intero patrimonio, ma che vede restringere il suo dritto per la presenza e il concorso di un erede legittimario, non è meno un legatario universale, essendo chiamato alla universalità.—Se io lego a Pietro tutto il mio patrimonio che si compone di tre case, e poi lego a Paolo la tal casa, e quell'altra a Giacomo; se i tre legatarî concorrono, Pietro avrà solo una casa, come ciascuno degli altri due, ma ciò non toglie che egli abbia dritto all'intero; essendogli stato legato l'intero patrimonio, egli lo avrebbe tutto, se non concorressero per qualunque causa Pietro e Giacomo, dunque eventualmente egli ha dritto all' intero, e il suo legato perciò è universale. Sarebbe pure universale il legato di Pietro, quand' anche avesse disposto della terza casa in vantaggio di un quarto legatario; è vero che Pietro allora sarebbe esposto a non avere assolutamente nulla, e che raccoglierebbe solo in mancanza di alcuno degli altri legatarî; ma potendo avvenire questa mancanza, ed anche per tutti e tre i legatarî particolari. Pietro quindi può conseguire l' universalità, il suo legato è dunque universale.

* Il corrispondente art. 929 è così concepito:
La istituzione di erede o il legato universale è la disposizione testamentaria, colla quale il testatore dà ad una o a più persone l' universalità dei beni che egli lascerà dopo la sua morte.

—La sola parola di erede adoperata in un testamento basta per esprimere al successore universale, ove non sia dal testatore la intelligenza di essa chiaramente limitata a restringerne il significato a quella di legatario a titolo universale o di legatario particolare. Corte suprema di Napoli 13 dicembre 1825.

—Una disposizione con cui si dà al chiamato il nome di legatario universale, ma non gli si attribuisce che una quota parte dei beni, è un legato a titolo universale, e non già un legato universale. C. S. di Napoli, 3 marzo 1855.

Pertanto non bisogna indagare in fatto il valore del benefizio, e neppure se vi sarà benefizio; devesi conoscere in dritto se vi sia chiamata all'universalità, se possibilità legale di ottenerla; essendovi dritto alla universalità, quali che fossero le circostanze che potessero impedire il dritto, il legato è universale.

95. Secondo tal principio devesi comprendere esser sempre una quistione d'intenzione da valutarsi secondo i fatti nel conoscere se vi sia o pur nò un legato universale, quando il testatore abbia dichiarato di legare *la sua porzione disponibile* ovvero *il dippiù* o il *rimanente* dei beni legati ad altri.

Se il testatore dicendo: « io lego a » Pietro la *porzione disponibile* de' miei » beni » abbia voluto dire « *tutto ciò* » *che sarà disponibile* alla mia morte » se, come avviene spesso agli stessi giureconsulti, abbia preso le parole *la mia porzione disponibile* come sinonimo *del mio disponibile*, gli è manifesto che non ostante si sia inesattamente usata la parola *porzione*, evvi legato universale; potendo esser disponibile tutto il patrimonio. Ma se ha voluto dire soltanto « la parte » dei miei beni *che è oggi disponibile* » egli allora ha voluto donare una frazione, e il legato non è universale. Bisogna dunque da tutte insieme le circostanze valutare la intenzione, e specialmente col ravvicinare le varie disposizioni fra loro. Se il testatore, per modo di esempio, dopo aver detto: « io lego a Pietro la mia porzione » disponibile » avesse aggiunto: « e se » mio figlio non raccogliesse la metà a » lui riserbata, io la lego a Paolo » egli avrebbe voluto attribuire a Pietro la *metà* dei suoi beni, e quindi non vi sarebbe legato universale; e l'altra metà, quando pure non passasse nè al figlio nè a Paolo, non apparterrebbe mai a Pietro restando nella successione *ab intestato*.—Finalmente quando il testatore legando a Paolo la tal casa, a Giacomo il tal podere, lega *il rimanente* dei suoi beni a Pietro, bisogna indagare la sua mente: se la casa e il podere sono stati attribuiti ad altri, e non a Pietro, perchè non si vuole che egli in alcun caso li abbia, il legato non è punto universale; ma al contrario lo è, se questi due immobili nella mente del testatore son tolti dalla massa attribuiti a Pietro, e debbono a lui ritornare nel caso in cui non li raccogliessero Pietro e Giacomo.

Sono queste, come si scorge, quistioni di fatto, valutazioni di circostanze, e di intenzione lasciata al criterio dei magistrati.

96. Ma secondo noi non sarebbe più possibile l'alternativa, e il legato non sarebbe mai universale se il testatore avesse legato non più la sua *porzione disponibile*, ma il *suo quarto*, il *suo terzo*, *la sua metà disponibile*. Allora infatti, determinato l'obbietto del legato, esso è una frazione limitata. Un uso, forse abusivo, ma autorizzato dallo stesso Codice, ha dato alle parole *porzione disponibile* un senso lato che parrebbe doversi escludere dalla idea di *porzione*, un senso che comprende l'intera unità, e che le rende sinonime di questa, *il disponibile*: onde sotto la rubrica di *porzione disponibile* la legge prevede non solo il caso in cui il proprietario può disporre di una parte maggiore o minore del suo patrimonio, ma anche quello in cui può disporre della *totalità dei beni* (art. 916 (832)). Ma tale uso non esiste nè potrebbe esistere per le espressioni di *quarto*, *terzo*, *tre quarti*, le quali possono solo indicare una frazione, e non mai l'unità.

97. È forza dunque ritornar sempre alla regola generale di esservi legato universale, quando la disposizione esplicitamente o implicitamente, puramente o eventualmente, dà dritto alla universalità dei beni, e che all'infuori di tal circostanza il legato non sia più universale.

II.—98. Bisogna che si sia chiamato alla *universalità* dei beni, alla totalità del dritto, e non già *a quella di fatto* perchè vi sia legato universale; intendendosi per universalità i beni considerati nel loro tutto, come unità e in massa. Così una persona il patrimonio di cui si compone di due case, un podere, alcuni mobili, e

poco danaro, dichiari di legare a Pietro le sue due case, il suo podere, i suoi mobili, e il danaro: i beni a cui avrà dritto Pietro sono infatti, tutti i beni del testatore, ma siccome gli saranno separatamente attribuiti, e considerati ciascuno in particolare, anzichè tutti insieme, sarà questo un legato particolare e non già un legato universale; l' oggetto del dritto in tal caso non sarà la totalità, ma il tal bene, e poi un altro, e un altro ancora. Gli è tanto vero che non si è chiamata alla totalità, che se il testatore avesse acquistato, dopo fatto il testamento e lasciasse alla sua morte una terza casa, Pietro avrebbe sempre il denaro, i mobili, il podere, e *due* case; la terza non gli apparterrebbe; dunque egli ha dritto, quando l'idea si determina, a questi e quelli beni, ma non *a tutti i beni*, e quindi non vi è legato universale.

99. I legati che hanno per oggetto l'usufrutto non possono mai essere universali; non potendo dar dritto a tutti i beni del testatore, ma soltanto al godimento vitalizio di essi. Ritorneremo su ciò nella spiegazione dell'art. 1010 (964).

1004 (930). Quando alla morte del testatore vi siano eredi ai quali è dalla legge riservata una quota parte dei suoi beni, questi eredi, per la di lui morte, entrano *ipso jure* nell'immediato possesso di tutti i beni dell'eredità; ed il legatario universale deve da essi ripetere il rilascio dei beni compresi nel testamento.*

100. Quando il testatore, fatto un legato universale, lascia morendo eredi legittimari che accettano la sua eredità, costoro hanno il possesso legale non solo della loro riserva, ma di tutta la eredità; e il legatario universale deve farsi rilasciare da loro la porzione disponibile che gli appartiene.

Diciamo che questa porzione disponibile appartenga al legatario. Infatti essa gli spetta fin dalla morte del testatore in forza del testamento, come la riserva ai legittimari in forza del dritto di successione legittima; la donazione tra vivi o per testamento è una causa diretta di acquistare la proprietà, come lo è la successione (art. 711 (632). L'erede legittimario che ha il dritto di possesso sopra tutta l'eredità, ha solo il dritto di proprietà sulla sua porzione riservata; e il legatario insieme allo erede sono comproprietari per tutti i beni, ciascuno in proporzione di quella parte a cui ha dritto.

Ed essendo il legatario universale comproprietario insieme all'erede del sangue, questi non potrebbe dunque spacciarsi di lui pagandogli in danaro il valore della porzione disponibile, come fosse un semplice creditore; il legatario non è creditore, ma proprietario del terzo, della metà o di qualunque altra frazione disponibile, e quindi gli spetta in natura con far le porzioni e il sorteggio, come fra coeredi, fra tutti i comproprietari.

101. Quando diciamo che l' erede legittimario è investito di tutta la eredità, ciò è vero per colui che avrebbe dritto a tutta la eredità *ab intestato*, e che la prenderebbe tutta se non esistesse il testamento. Ma non è così dell'erede legittimario, il quale se pur non fossevi testamento, sarebbe solo chiamato ad una parte della eredità; se, per modo di esempio, il testatore lascia per suoi eredi il padre, ed un cugino materno; siccome allora il padre è legittimario (per un quarto) egli quando pur non vi fosse testamento sarebbe solo chiamato alla metà (art. 753 (673 M)), quindi avrebbe solo il possesso di essa metà; dell' altra tolta non già al padre, ma al cugino non legittimario, sarà investito il legatario, il quale dovrà solo farsi rilasciare dal padre il quarto che gli toglie.

E in fatti vi sono allora veramente due successioni (art. 933 (857 M) (n° 1)), l' una

* Il corrispondente articolo 930 così dice: Quando..., i beni dell' eredità; e l' erede scritto o il legatario universale dovrà chiedere da essi il rilascio dei beni compresi nel testamento.

delle quali devoluta ad un legittimario; allora è il caso del nostro articolo che dà al legittimario il possesso legale di tutto; ma siccome non v'è legittimario per l'altra, essa cade sotto l'articolo 1006 (932) che dà il possesso legale al legatario universale.

1005 (931 M).—Ciò non ostante nello stesso caso il legatario universale avrà il godimento de' beni compresi nel testamento dal giorno della morte, se la domanda per il rilascio è stata fatta dentro l'anno dopo tale epoca; altrimenti questo godimento non incomincerà che dal giorno della domanda giudiziale, o da quello in cui si sarà volontariamente acconsentito al rilascio.*

SOMMARIO

I. Secondo il più degli scrittori, il legatario universale ottiene i frutti dal giorno della morte per lo effetto di un dritto che estendesi per la sua stessa natura al legatario a titolo universale.

II. Censura di questa dottrina. È un favore, che questo secondo legatario non potrebbe invocare

I. — **102.** Secondo questo articolo, il legatario *universale* (purchè domandi il rilascio entro l'anno dal giorno della morte), ha dritto ai frutti da quel giorno stesso; secondo lo art. **1014** (968). al contrario il legatario *particolare* non ha mai dritto ai frutti che dal dì della domanda. Perchè tal differenza? È questa una quistione intorno alla quale gli interpetri non vanno d'accordo, e che pure ha la sua importanza; dipendendo dalla sua soluzione il conoscere se dal giorno della morte, ovvero da quello della domanda appartengano i frutti al legatario *a titolo universale* sui dritti del quale il Codice ha taciuto (art. **1002** (928)).

Il più degli scrittori insegnano che il dritto ai frutti dal giorno stesso della morte, sia per il legatario universale una conseguenza bene naturale del suo legato.— « I frutti di una eredità, essi dicono, fin» chè non sia divisa fra gli aventi dritto, » si riuniscono ad essa, come l'accesso» rio al principale, e ne crescono la massa » *fructus augent haereditatem*; per mo» dochè quando i diversi condividenti pren» dono ciascuno la loro parte, la trovano » cresciuta di una parte proporzionale in » tutti i frutti decorsi ». Così dunque allorchè il legatario universale in faccia all'erede legittimario prende una frazione dell'eredità, la metà per modo di esempio, egli per la natura stessa delle cose, e prendendo la sua metà di eredità quale essa è *hic et nunc*, consegue pure la metà di tutti i frutti decorsi. Per l'opposito, il legatario particolare, che non prende una frazione della massa riguardata tutta insieme, non quota della universalità, ma solo uno o più beni speciali, non può aver dritto ai frutti che hanno accresciuto la massa; i frutti della cosa a lui legata gli appartengono dal momento in cui essa separata dalla massa entra nel suo particolare possesso, cioè, dal giorno della domanda giudiziaria di rilascio (o del rilascio consentito all'amichevole). Giusta tal principio il legatario a titolo universale ha pur dritto ai frutti dal giorno stesso della morte; dacchè egli come il legatario universale divide pure la universalità dei beni (1).

II. — **103.** Questa dottrina che sembra dubbia a Dalloz (cap. VII, sez. 3) e che positivamente vien rigettata da Coin-Delisle (articolo **1015** (969) numero **11**), ci

* Il corrispondente articolo 931 dice:
Ciò non ostante il legatario universale o l'erede scritto avrà in questo caso, ecc.

(1) Grenier (n. 297), Toullier (A-545) Demante (II-377 e 388), Duranton (IX-211), Vazeille (art. 1011 (965), n. 2).

sembra tale da non potersi abbracciare. Come si vuole qui applicare la massima romana *fructus augent haereditatem?* Come si vuole che i frutti si mettano così a capitale colla massa ereditaria perchè si dividano con' essa fra i condividenti, quando per un altro principio divengono proprietà di un solo nel punto stesso che si effettuano? L' erede legittimario ha più il possesso legale di tutta la eredità fino alla domanda di rilascio: ma se egli per effetto della legge è solo possessore, ha dunque solo dritto ai frutti, i quali non possono quindi cumularsi, perchè si dividano fra lui e il legatario. — Dunque in *principio* i frutti appartengono allo erede, non già al legatario fino alla domanda di rilascio; e poi vediamo una benigna *eccezione* nella disposizione per cui il nostro articolo attribuisce questi frutti al legatario: è desso secondo noi un beneficio che compensa il legatario universale dell'essere stato privo del titolo di erede testamentario, il Codice che in difformità del dritto romano gli negava gli onori di tal qualità, ha voluto almeno dargliene i vantaggi pecuniari. Se tal dritto ai frutti dal giorno della morte non fosse un privilegio eccezionale, ma un dritto rigoroso, come potrebbe svanire per ciò solo che il legatario non l' abbia domandato entro l' anno? Un sì facile decadimento si comprende per un beneficio accordato in favore, e contro i' principî; ma non si comprenderebbe per un dritto stretto. — Adunque il legatario universale per una benigna eccezione consegue i frutti decorsi dal dì della morte, quando li abbia domandato innanzi di spirar l'anno; e dall' esser questa una eccezione che non è stata riprodotta per il legatario a titolo universale, inferiamo con Coin-Delisle, che quest'ultimo non ha mai dritto ai frutti che dal giorno della domanda di rilascio, come il legatario particolare.

104. Del resto è evidente che il legatario universale o a titolo universale, non pagherà gl' interessi dei debiti che sono a suo carico, se non dal giorno in cui avrà il godimento; essendo carico dei frutti l'interesse dei debiti.

1006 (932). — Quando alla morte del testatore non vi saranno eredi ai quali la legge riservi una quota parte de' suoi beni, il possesso dei medesimi, seguita la morte, passerà *ipso jure* ed immediatamente nel legatario universale, senza che sia tenuto a domandarne il rilascio.

SOMMARIO

I. In mancanza di eredi legittimari il legatario universale è di pieno dritto investito della eredità.

II. Ma egli non diviene perciò erede propriamente detto: dissenso con Demante e Coin Delisle.

III. Quando il defunto lascia avi e fratelli a sorelle, il legatario universale, rimane investito tranne che i fratelli a sorelle rinunziino; confutazione della dottrina di Delvincourt e Coin Delisle.

I. — **105.** Abbiamo veduto che il Codice tuttochè neghi al legatario universale che concorra con un erede legittimario, il titolo di erede, gliene accorda i beneficii, consentendogli dal giorno stesso della morte del testatore i frutti della frazione ereditaria che gli appartiene: la legge che toglieva al testatore il dritto di fare *eredi*, doveva lasciargli quello di dar pienamente il suo disponibile, interessi e capitale. Ciò ha fatto l'articolo precedente, dacchè accordando all'erede, il quale concorra con un legatario universale, il possesso legale di tutta la eredità fino al rilascio (il qual possesso dovrebbe assicurargli tutti i frutti sino a quel tempo) abilita il legatario a farsi rilasciare i frutti prodotti dalla sua porzione.

In questo sistema con cui lo ripetiamo, si è voluto togliere alla istituzione per testa-

mento i soli *onori* della eredità, ma non già i vantaggi pecuniari, il legatario universale chiamato all'intera eredità in mancanza di eredi legittimari, doveva dunque conseguir tutti i frutti senza che alcuna particella della eredità fosse rimasta allo erede non legittimario. Ma dacchè in tal caso l'erede del sangue nulla dovea conseguire dei beni ereditari, sarebbe stato affatto inutile e irrilevante il lasciargliene il possesso legale: a che giovava allora mantenere ed osservare nello erede un vano titolo che altro non doveva produrre, fuorchè lo imbarazzo del legatario nel venir domandando il rilascio? Non valeva meglio cancellare nella teoria legale ciò che realmente più non esisteva, e investire immediatamente il legatario col bandire non esservi in tal caso successione intestata? Ciò ha fatto il nostro art. 1006 (932), dichiarando che in mancanza di eredi legittimari il legatario universale è immediatamente investito del possesso fin dalla morte del testatore, senza che ne abbia a dimandarne rilascio ad alcuno.

II. — 106. Il vedere qui il legatario universale investito di pieno dritto, non è una ragione secondo noi per andare più in là, e dire come fan parecchi giureconsulti (massime Demante, II-378) e Coin-Delisle (art. 1003 (929)) che cessa allora di essere legatario, e diventa un vero erede (il che l'obbligherebbe al pagamento dei debiti *ultra vires bonorum*).

La *saisine*, l'investitura, non è altro che il possesso legale; e le parole « legatario investito di pieno dritto » significano semplicemente « legatario messo di pieno dritto in possesso; » per modo che la investitura del legatario universale che non concorre con eredi legittimari, sta nello ottenere egli fin dalla morte del testatore, e per la sola forza della legge, il possesso che avrebbe dovuto domandare all'erede del sangue. Or questo dritto è sempre il medesimo in qualunque modo, e in qualsiesi tempo il dritto di possesso è effettuito; e la condizione che l'investitura dà al legatario, è semplicemente quella che in mancanza d'investitura avrebbe avuto appresso per effetto della sentenza del magistrato, o col consenso dell'erede. Il possesso accordato al legatario dall'erede o dal giudice, non lo tramuta certamente in erede; dunque il possesso che la legge stessa gli dà, lo lascia egualmente semplice legatario; il legatario *investito* è il legatario (e non altro) dichiarato *in possesso*. Così un semplice esecutore testamentario che per nulla succede al defunto, può ricevere nell'anno seguente alla morte, come mezzo di esecuzione del legato, la investitura, il possesso delle cose mobili (articolo 1026 (981)). Dunque se egli è vero che uno erede abbia sempre la investitura, non è vero, viceversa, che chiunque ha la investitura, sia perciò erede.

E se la nostra teoria è così stabilita dal ragionamento, non lo è del pari dalla disposizione formale dell'art. 1002 (928) e da' motivi ben noti della legge? L'articolo 1002 (928) dichiara che qualunque disposizione per testamento non *produrrà* mai che l'*effetto* di un *legato*; il quale articolo è stato dettato sulla domanda del Tribunato per bandire « questa idea principale » che « tutti gli effetti annessi dalle leggi romane al titolo di *erede* (testamentario) sono *interamente svaniti* ».

III.—107. Spiegando nella nostra 1ª parte del presente volume l'art. 915 (831) al n. 2)) abbiamo stabilito la idea per altro semplice, che gli ascendenti di un defunto non han dritto ad una riserva sui suoi beni che quando son chiamati alla sua successione *ab intestato*; dovendosi evidentemente essere erede innanzi che legittimario: *prius est esse quam esse tale*. Abbiamo detto pertanto che se il defunto lasci un avo e fratelli o sorelle, il primo che non è erede, art. 750 (672 M), non può domandar riserva, e però il defunto ha potuto disporre di tutti i suoi beni; di che segue che se il defunto in tal caso abbia istituito un legatario universale, questi sarà investito di pieno dritto secondo il nostro articolo, senza che l'avo (poichè non è erede) gli possa ritogliere alcuna parte dei beni, nè costringerlo a chiedere il rilascio. Abbiamo da ultimo fatto conoscere

la contraria dottrina di Delvincourt e Coin-Delisle.

Cotesta strana dottrina fondasi sulle seguenti idee:

« Gli è vero che i fratelli e sorelle sono anteposti agli avi ad altri ascendenti per la successione intestata; escludendoli sempre (art. 750 (672 M)). Ma gli ascendenti sono anteposti ai fratelli e sorelle per la successione testata; avendo l'ascendente una riserva che non hanno i fratelli (art. 915 (831)). Dunque non può destar meraviglia che gli avi succedano non ostante che vi sieno fratelli che non succedano; il che non potrebbe avvenire nella successione legittima. ma sì in quella per testamento » (Delvincourt). — « Quando il defunto lasciando un avo e un fratello ha istituito un legatario universale, questi in faccia al fratello è investito di pieno dritto nel punto medesimo della morte; per modo che il fratello non è erede, nè chiamato alla successione, essendone escluso nel punto che muore il testatore.

« Il fratello resta estraneo alla eredità, come se vi avesse rinunziato; nè è rimosso dalla legge stessa, come lo sarebbe stato per una volontaria rinunzia, la quale non è qui necessaria nè potrebbe farsi; dacchè il fratello spogliato affatto della eredità di cui in sua vece è stato investito il legatario, non ha alcuna cosa a cui poter rinunziare. Se non che essendo il fratello estraneo alla eredità, è dunque chiamato l' avo; e siccome costui ha una riserva, il legatario deve rispettarla (Coin-Delisle) ».

Tutto ciò, per dire il vero, è sofisma, contraddizione, e confusione d' idee; e fa meraviglia che Delvincourt e Coin-Delisle tanto sennati abbiano potuto cadervi.

108. Da prima è falso che gli avi sieno anteposti ai fratelli nella successione testata, come i fratelli lo sono ad essi in quella legittima; e che il nostro titolo delle *Donazioni* abbia posto innanzi quelli che erano posti indietro nel titolo delle *Successioni*. Il nostro titolo. come anche il titolo precedente, fa sempre andare i fratelli innanzi degli avi; nè vi ha alcun testo che chiami questi prima di quelli. In vero, gli avi *venendo alla successione* hanno un dritto più forte che quello dei fratelli (avendo una riserva che questi ultimi non hanno); ma perchè abbiano un dritto qualunque, debbono innanzi tutto concorrere alla successione, alla quale vanno sempre dopo i fratelli; l' art. 915 (831) che stabilisce la riserva degli ascendenti, anzicchè modificare l'ordine di successione precedentemente stabilito, dichiara al contrario, che la riserva sarà da loro raccolta *nell' ordine in cui la legge li chiama a succedere*.

Ed or qual sofisma, qual confusione in questa antitesi fra il nostro e il titolo precedente; fra la successione testata (in cui sarebbero preferiti gli avi) e quella legittima in cui son preferiti i fratelli ?...: Forse la legge non chiama i fratelli e gli avi sempre ed unicamente nella successione *ab intestato*?... Forse non si parla di riserva sempre ed unicamente pei successori *ab intestato*?... Forse l'avo che vuol far ridurre un legato universale per prendere il suo quarto, nol fa come successore *ab intestato*?... Forse il capitolo 3 del nostro titolo sulla *porzione disponibile* e *la riduzione*, che appartiene alla materia *delle donazioni* per quel che riguarda i donatari, non appartiene alla materia *delle successioni* per quel che riguarda i legittimari?.. Forse tutto quello che si toglie ai legatari (ovvero ai donatari fra vivi, di cui voi non parlate, perchè si sconcerterebbe con ciò la vostra antitesi) non ricade nella successione *ab intestato*?

È similmente falso che per la investitura del legatario universale, i fratelli e le sorelle diventino assolutamente senza dritto, come se avessero rinunciato. L'erede, anche non legittimario, conserva sulla eredità, non ostante la investitura del legatario universale, un dritto eventuale, una speranza, che può esser l' oggetto di una rinunzia, cioè di riprendere la successione, se per qualunque causa mancasse il legato universale. Onde sia annullato il testamento per vizio di forma, o il beneficato rinun-

zii allo intero o ad una parte del legato, o sia riconosciuto che il legato ritenuto per universale, sia solo a titolo universale, o anche particolare, in tutti questi casi l'erede più prossimo se non ha rinunziato, sarà quello che raccoglierà; mentre se avesse rinunziato, la eredità passerebbe all' erede più remoto. Dunque finchè l' erede dell' ordine più degno di favore non abbia rinunziato, egli rimane, se occorre, capace a riprendere in tutto o in parte il patrimonio; conserva il dritto eventuale alla eredità; riempie la successione *ab intestato* spogliata al presente in vantaggio della successione testata; egli in fine è di faccia a faccia col legatario universale, e secondo che lo erede sarà « pur no legittimario, il legatario sarà o pur nò investito, e prenderà la totalità o solo una parte dei beni. Se il primo erede rinunzia, allora e solo allora vien sostituito da quello dell' ordine seguente; e se il nuovo erede è legittimario, mentre l'altro non lo era, il legatario universale a cui si era prima conceduta la investitura, non l'avrà più, e dovrà domandare il rilascio al novello erede (il quale secondo l'art. 785 (702) si reputa esserlo stato sempre) lasciandogli altronde la sua riserva.

Ecco ora a che si restringe il sistema contrario: « Il legatario universale essendo qui di *fronte al fratello* che non ha riserva è *dunque investito* (ciò è vero); —ma essendo investito il legatario, il fratello è dunque rimosso, e diventa estraneo alla successione, come se vi rinunciasse (ciò, e quel che segue è falso); *ma* divenendo estraneo il fratello, il legatario non è dunque di fronte a lui, ma *di fronte all' avo*; ora essendo il legatario in faccia all'avo che ha dritto ad una riserva, *non è dunque investito* ». Ciò, come scorgesi, vale il medesimo che dire essere il legatario in faccia all' avo, perchè è in faccia al fratello; ed essere investito perchè è pienamente investito !!!

109. Eccovi ora la teoria della legge. Onde conoscere se il legatario universale sia o pur nò investito, bisogna riguardare se lo erede a cui è fatta la chiamata *ab intestato*, sia o pur nò legittimario (art. 1004, 1006 (930, 932))—Allorchè il *defunto* lascia un avo ed un fratello, la eredità intestata è devoluta al solo fratello (art. 746, 750 (668-669-672 M); ma questi non ha riserva; dunque in tal caso il legatario, è investito. Se dopo la investitura operata di pieno dritto fin dalla morte, il fratello rinunziasse, sicome lo effetto retroattivo della rinunzia fa riguardare l'uno come non fosse stato mai erede, e l'altro come se lo fosse stato *ab initio* (art. 785 (702)) il legatario si reputa essere stato in faccia all'avo; ed essendo questi legittimario (art. 715 (635)), il legatario non sarebbe stato investito.—Ma finchè il fratello non rinunzia, la chiamata legale è diretta a lui solo (per gli effetti che essa potrà produrre)- Dunque finchè il fratello non abbia rinunziato, il legatario è in faccia a lui, e non già dell' avo; dunque sino alla rinunzia il legatario conserva sempre la investitura (1).

1007 (933 M).—Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, sarà presentato al presidente del tribunale di prima istanza del distretto in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto, se è sigillato. Il presidente stenderà processo verbale della presentazione, dell' apertura o dello stato del testamento di cui ordinerà il deposito presso un notaro da lui deputato.

Se il testamento è nella forma mistica, la sua presentazione, l'apertura, la descrizione e deposito saranno fatti nella stessa maniera; ma l'apertura non potrà farsi, se non in presenza di quei notari e testimoni che hanno segnato l'atto di soprascrizione, i quali si troveranno nel luogo, o che vi saranno chiamati.*

(1) Grenier (n. 572); Toullier (V-114); Vazeille (art. 915 (831), n. 3). Poujol (art. 1004 (930), n. 9) e specialmente Duranton (VIII-310 e 311, IX 193).

* Il corrispondente art. 933 dice:
Qualunque testamento olografo, prima che abbia esecuzione, sarà presentato al giudice del

110. Il presente articolo non è logicamente collocato perchè tratta di testamenti olografi o mistici, che contengano *qualunque* disposizione (universale, a titolo universale, o particolare) ed è scritto nel bel mezzo della sezione consacrata ai soli legati universali. Tal difetto di metodo spiegasi di leggieri; siccome il legislatore

circondario in cui si è aperta la successione. Questo testamento sarà aperto, se è sigillato. Il giudice stenderà processo verbale della presentazione dell' apertura e dello stato del testamento, di cui ordinerà il deposito presso un notaio da lui destinato. Se il testamento è in forma mistica, la sua presentazione, l' apertura, la descrizione e il deposito si faranno nella stessa maniera; ma l'apertura non potrà farsi se non in presenza, o almeno dopo la chiamata di quei notai e testimoni che segnarono l' atto di soprascrizione, e che si troveranno nel luogo.

—Rescritto 11 giugno 1831.—L'art. 933 accorda per verità la scelta del notaio al giudice, ma questa scelta non può nè deve essere arbitraria. La legge suppone nel magistrato un uomo di probità e di giustizia. Il voto del testatore dee quindi prevalere, semprechè una giusta causa non concorra, la quale altrimenti persuada. Chi più interessato di lui alla conservazione delle sue ultime disposizioni? Così una giusta causa può aversi a variar di notaio nel caso che il testamento non si fosse dal testatore depositato nel luogo dell'apertura della successione; l'interesse degli eredi può richiedere che si conservi presso un notaio di questo luogo, ove facile riuscisse l' osservarlo. Il rispetto al giudizio del testatore è pure ne' principi regolatori della legge sul notariato, e nei giusti riguardi a' sistemi di famiglia, che amano riunire presso unico notaio tutte le carte di loro interesse, locchè ne agevola la ricerca nel rapporto individuale e nel rapporto de' terzi.

—Rescritto 16 novembre 1834.—S. M. ha ordinato—1. che il notaio non debba distendere atto di deposito del testamento olografo o mistico, che gli consegna il giudice per conservarlo, bastando che il notaio alligbi a' suoi atti la copia del verbale fatto dal giudice, in cui ne ordina il deposito presso di lui, ed il testamento nel verbale stesso indicato;—2. che per memoria debbansi riportare ne' repertori de' notai i testamenti olografi o mistici che loro sono dati a conservare dal giudice—3. che i testamenti mistici si debbano registrare nel libro degli atti autentici, e che nel libro degli atti privati si debbano registrare i testamenti olografi;—4. che pei testamenti il dritto di archivio sia il minimo, ovvero quello di un carlino, se dai medesimi non apparisca il valore della eredità, o si debba il dritto graduale se il testamento, l' inventario od altra carta possa prontamente mostrare il valore de' beni; — 5. che il diritto minimo, o quello di un carlino, sia pure dovuto pe' rogiti contenenti convenzione od obbligazione, delle quali non si precisi l' ammontare. Sarà dovuto però il diritto graduale, se possa prontamente liquidarsi il valore delle convenzioni anzidette.

—Ministeriale del 23 febbraio 1839. — « Giusta l' art. 933. L. C. la esibizione, l' apertura del testamento olografo o in forma mistica debbono aver luogo presso il giudice di circondario in cui si è aperta la successione. Da ciò il dubbio, se la disposizione, di che trattasi, possa e debba ritenersi in termini affatto esclusivi della competenza di ogni altro giudice di circondario. All' uopo si è osservato, che la garentia della legge alle disposizioni dei defunti è particolarmente nel rispetto al dritto di proprietà; che così ogni dubbio possa insorgere sull'oggetto, debb' essere risoluto in modo, che questa garentia rimanga assicurata anzicchè contraddetta; che se il testamento di alcuno, trovandosi in sito disparato dal suo domicilio; dovesse sempre ed in ogni caso pe' correlativi adempimenti adirsi il giudice di circondario del domicilio; potrebbe talora rischiarsi, come è facile presentire, di compromettere la esistenza, o la inalterabilità del testamento istesso, come per accidente fortuito o per l' altrui malizia nel corso del viaggio. Che nella specie di testamento in forma mistica, dee prendersi ancora in considerazione la necessità di chiamare altrove il notaio ed i testimoni; lo che quando vi abbia grande distanza, a prescindere da un maggiore dispendio, potrebbe in alcun caso far mancare il ministero notariale, ch' è di pubblico interesse nel comune fissato al notaio per la sua residenza. Che per l'art. 955 pr. civ. è dato in generale al giudice di circondario che procede all'apposizione dei sigilli verificare lo stato del testamento, che si ritrovi, ed ordinarne il deposito presso un notaio, senza che per ciò occorresse alcun rinvio; che cotesta apposizione non avviene nel solo domicilio del defunto; che così avvicinando tra loro l' art 933 L. C., e l'art. 955 pr. civ. è chiaro, che il precetto compreso nel primo di questi articoli non sia assoluto. Che d'altronde la legge non può, e non dee precedere che a' casi ordinarî: che la morte di alcuno fuori il suo domicilio non è nella serie degli avvenimenti ordinarî della vita, per lo motivo soprattutto, che per le affezioni del cuore umano ciascuno non può avere che grandissima premura a non lasciare il luogo ove ha la somma delle sue cose; che poi non sempre può essere interamente esplicito, se il domicilio del defunto sia piuttosto in un luogo, che in un altro. Che nell' intelligenza vuolsi dare allo art. 933 L. C. avrebbe prima a definirsi in linea di quistione pregiudiziale quale fosse il domicilio del defunto; lo che sarebbe non uniforme a precetti della legge, e seco trarrebbe gravissimi inconvenienti: che non s' incorre certamente in nullità di atto, se l' esibizione l' apertura, ec. del testamento avvengono presso un giudice diverso da quello del domicilio del defunto; che perciò non vi ha luogo ad incompetenza assoluta. Che la L. 23 C. *de test ord.* avvalora sempre più queste idee; che però non debb' essere alla discrezione delle parti adire senza legittimi motivi un giudice diverso da quello del domicilio del defunto; che anzi per lo principio notissimo che ciascuno funzionario dee concorrere alla esatta esecuzione della legge, un giudice di circondario, che fosse irregolarmente adito, dee ricusare il suo ministero. »

stando per indicare (come vedremo coll' art. seguente) le condizioni sotto di cui il legatario universale, quando sia chiamato da un testamento olografo o mistico, può ottenere in fatto il possesso che la investitura gli conferisce in dritto, e siccome alcune di esse condizioni son necessarie onde eseguirsi tutti i legati, anche particolari, contenuti in quelli testamenti, parve cosa semplice collocar qui come in parentesi tal regola, comune a tutti i testamenti, olografi o mistici, anzichè farne una sezione a parte.

Tali condizioni, come si vede sono: 1. la presentazione del testamento olografo o mistico al presidente* del tribunale; 2. la apertura che ne farà il presidente che stende verbale dello stato in cui l'atto si trovi; 3. il deposito fra le minute del notaro destinato con ordinanza del presidente. Essendo mistico il testamento si devono chiamare alla apertura quelli notari e testimoni che hanno firmato la soprascritta, se fossero ancora viventi e dimoranti nei luoghi.

1008 (934 M). — Nel caso dell'art. 1006 (932) se il testamento è olografo o mistico, il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso, con un decreto del presidente steso appiè dell'istanza, cui sarà unito l'atto del deposito. *

SOMMARIO

I. Essendo il testamento mistico o olografo, il legatario investito deve farsi immettere in possesso di fatto da una ordinanza del presidente. L'ordinanza, accordi o neghi la immissione in possesso, può essere attaccato dall'erede o dal legatario.

II. Dopo l'ordinanza di immissione, l'erede non censurando l' ordinanza, può sempre impugnare il testamento: spettando al legatario provarne la validità; dissenso con Toullier, Duranton, Coin-Delisle, Chauveau e con moltissime decisioni.

I. — **111.** Quantunque il legatario universale fin dalla morte del testatore sia investito dalla stessa legge, cioè *ipso jure* del dritto di possesso, pure non gli è sempre lecito mettersi ei medesimo nel possesso di fatto. Egli lo può, quando il suo testamento è per atto pubblico; ma se l' atto è mistico o olografo, egli deve prima adempire le condizioni indicate dal precedente articolo e presentare poi al presidente; 1° l'atto giustificante il deposito fatto presso il notaro; 2° una domanda che tenda a farsi immettere nel possesso: ed otterrà il possesso di fatto mercè una ordinanza scritta in fine della domanda.

Di certo il presidente a cui è stata fatta domanda d'immissione in possesso, deve accordarla con conoscenza di causa, non potendo essere lo strumento passivo e cieco del primo pretendente venuto.

Senza entrare nel merito delle cose, nè occuparsi di validità (intorno a che la contesa fra il preteso legatario e gli eredi sarebbe agitata innanzi l' intero tribunale), egli deve assicurarsi che l'atto abbia almeno l' apparenza di un testamento valido, e che contenga un legato universale. Se, per modo di esempio, un supposto testamento olografo non fosse scritto tutto della stessa mano, o vi mancasse la firma o la data, ovvero se il legato che contiene fosse certamente a titolo universale o particolare, egli è manifesto che dovreb-

* L'articolo 934 delle leggi civili è così concepito:
Nel caso dell'articolo 932, se il testamento è olografo o mistico, l' erede istituito o il legatario universale sarà tenuto di farsi immettere nel possesso con una ordinanza del giudice del circondario stesa appiè della istanza, cui sarà unito l'atto del deposito.

—Il giudice di circondario, dopo di aver accordata ordinanza d'immissione in possesso de' beni ereditari all'erede in forza di testamento olografo, non può emettere seconda ordinanza a favore di altro erede portatore di altro testamento olografo, benchè di data posteriore al primo. — Corte suprema di Napoli, 20 aprile 1847.

be negarsi la ordinanza, salvo al legatario che si pretenderebbe leso il chieder giustizia avanti il tribunale. Ma gli eredi possono per parte loro impugnare l'ordinanza che accorda la immissione, perchè non bene a proposito consentita.—Durante il piato intorno al possesso, i beni che ne sono l'obbietto possono venir confidati fino al termine della causa, alla custodia di un terzo secondo l'art. 1961-2° (1833-2°), il quale dichiara « che il magistrato può ordinare il sequestro degli immobili di cui la proprietà o il possesso sia conteso fra due o più persone ».

II. — 112. Quando gli eredi riconoscono che la immissione in possesso è debitamente ordinata, cioè che il testamento non offra alcuna apparente nullità, alcun vizio di forma evidente, possono sempre impugnare il testamento per questo o quella causa; per modo di esempio, col pretendere che la scrittura o la firma del testamento olografo non appartenga al loro autore. Ma in tal caso a chi mai incomberà l'obbligo della pruova? Dovrà forse l'erede stabilire la invalidità del testamento, o il legatario la sua validità? Così spetta all'erede provare che la scrittura non sia del suo autore, ovvero al legatario che da quello provenga? È questa una quistione che da quaranta anni ha diviso la dottrina e la giurisprudenza; e dove gli scrittori più recenti l'han risoluta in favore dell'erede, essa è stata contro di lui decisa dalle ultime decisioni della Corte di cassazione (1).

Abbiamo sempre opinato e opiniamo ora più che mai, non ostante le decisioni della Corte suprema, che spetti al legatario la prova che il suo titolo sia sincero. Il testamento olografo in fatti è un atto in carta privata. Quindi va soggetto a verificazione la scrittura (art. 1323, 1324 (1277, 1278)), nè deve essere impugnato con la iscrizione in falso. Ora gli è incontrastabile che in ogni verifica di scrittura tocca a colui che vuol prevalersi dell'atto il provarlo sincero, a colui che è attore nella verifica, quando pure fosse convenuto in principale nel piato che dà occasione a quella verifica. Ciò non è dubbio in faccia agli art. 1323 (1277) Codice civile, e 199 (293) Codice di procedura. In ciò sta la quistione; ma noi dobbiamo passare in rassegna le molteplici obbiezioni che successivamente si son dirette contro tal dottrina.

113. 1° Si è cominciato dal sostenere che il testamento olografo dopo la ordinanza per cui si è depositato presso un notaro, debba riguardarsi come atto autentico, e tale quindi da non potere più essere impugnato che con la iscrizione in falso, nella quale spetta a chi lo impugni far la prova (Torino, 1809; Caen, 1812). Ma cotesta idea non poteva sostenersi in faccia sia dell'art. 1317 (1271) che riconosce solo come atti autentici quelli che sono stesi da *pubblici ufficiali*, sia dell'art. 999 (925), il quale dichiara il testamento olografo *atto sotto firma privata*. Siccome un atto non potrebbe mutare indole, per esser depositato in questo o quel luogo, si è abbandonato tale argomento, che censurato dalla decisione della Corte suprema del 1816 non si è mai più riprodotto.

2° Si è detto poi (specialmente dalla

(1) Contro l'erede Toullier (V-503), Grenier (*Donazioni*, I-292, *Quest.*), Duranton (IX 46), Chauveau (*supra Carrè*, *Quest.*, 799), Favard (*Rep.*, V, p. 565), Coin-Delisle (art. 1008 (934), n. 17 e 18), Bonnier (*Prove*, num. 575), Torino, 10 gen. 1809; Caen, 4 aprile 1812; Rig., 28 dicembre 1824; Rig., 10 ottobre 1825; Bourges, 16 luglio 1827; Rennes, 16 giugno 1845; Cassazione, 23 marzo 1843; Poitiers, 11 ottobre 1846; Rig., 9 novembre 1847; Cassaz., 13 marzo 1849, Rig., 23 gennaro 1850 (*J. du P.*, 1843, 2, 30; 1846, 2, 619; 1848, 1, 338; 1849, 1, 642; 1850, 2, 485).

Contro il legatario; Merlin (*Rep.*, alla parola *Test.*, sez. 2, § 4, art. 6, n. 5) Vazeille (art. 1008 (934 M), num. 7), Poncenne (III, p. 455), Dalloz (alla parola *Disposizione fra vivi*, cap. 6, sez. 3, art. 3), Coulon (*Quest.*, I 368); Toullier (IV, p. 110); Zachariae (V, p. 86-87); Duvergier (*supra Toullier*), Colmar, 12 luglio 1807; Bruxelles, 21 giugno 1810; Metz, 3 marzo 1815; Rig., 13 nov. 1816; Bourges; 4 aprile 1827; Montpellier, 16 giugno 1827; Rig., 11 nov. 1829; Bourges, 10 marzo 1834; Lione, 11 marzo 1839; Tolosa, 16 nov. 1839; Aix, 12 giugno 1840; Besanzone, 23 marzo 1842; Rennes, 28 ottobre 1847 (*J. du P.*, 1839, 2, 361; Dalloz, 4, 20, 81; Devill., 42, 2, 205).

decisione di Rennes del 1835), che se il testamento è un atto privato, esso almeno è di una specie particolare, e non possono applicarglisi gli articoli 1322-1324 (1276-1278) dettati per le convenzioni. Se non che il sistema contrario si condanna qui per una doppia contraddizione. Da una mano se gli art. 1322-1324 (1276-1278) non fossero applicabili al testamento olografo, non potrebbe darsi luogo per esso alla semplice verificazione della scrittura, ma solo alla iscrizione in falso; ma gli avversari vogliono il contrario. D'altra mano questi articoli non sono solo applicabili alle convenzioni, dacchè vi van pure soggetti i testamenti che contengono legati particolari o a titolo universale, ed anche quelli che contengono legati universali in faccia ad eredi legittimari o finchè non vi sia stata ordinanza d'immissione in possesso.

3° Si è detto (Bonnier) che la legge non aveva potuto lasciare il legatario nell'obbligo di provare la sincerità del testamento dopo molti anni, e in un tempo in cui han potuto mancare i mezzi di prova. Ma chi non scorge essere cotesta obbiezione *per tutti gli atti in carta privata*, ed aver per effetto che si cancellino dal Codice gli art. 1322-1324 (1276-1278)? Chi non scorge pure che il beneficato dell'atto privato avendo qualche timore può prevenire provocando egli stesso la verifica o il riconoscimento del suo atto?

4° Toullier, Duranton, Coin-Delisle e Chauveau e con essi le decisioni della Corte suprema dicono, che essendo nel possesso dei beni il preteso legatario che abbia ottenuta la ordinanza di immissione, la qualità di attore è nel preteso erede che lo impugna, e quindi l'obbligo anche in lui di fornir la prova. Ma si sconosce qui uno dei più elementari principî, e il riprodursi sempre di questa strana idea riesce veramente strano in faccia alla confutazione che più volte le si è fatta. Sì, senza dubbio il preteso erede è attore principale, e deve quindi far la prova *della domanda*, ma al convenuto spetta a sua volta far la prova di *eccezione*; ma noi parliamo appunto di quest'ultima. Senza fallo colui che pretendesi legittimo erede, deve provare la sua qualità (se vien negata); ma provata (o riconosciuta tal qualità) quello che pretendesi investito di altra qualità che distrugga la prima, di legatario universale, deve a sua volta provare tal qualità. Di certo ACTORI INCUMBIT *probatio*, ma anche *reus excipiendo fit* ACTOR.

5° Chauveau, che almeno ha inteso quanto sia giusta la confutazione, imprende schivarla con dire, che il preteso legatario non diverrà attore nella eccezione, non opponendo alcuna difesa. Ma è questa la prova migliore d'esser falso il sistema. Imperocchè è manifesto, che se il possessore di una cosa in faccia a quello che lo attacca provando il suo dritto a quella cosa, dicesse solo (invece di trarre argomento di un dritto maggiore) di non aver nulla a rispondere, egli sarebbe necessariamente evitto. Quando l'attore ha provato o fatto riconoscere il suo titolo di erede legittimo, il convenuto può solo respingerlo sostenendo d'essere crede testamentario: e siccome il primo ha dovuto provare nel caso di contestazione la pretensione per cui attaccava, deve l'altro provare quella per cui si difende.

6. Si dirà, come fa Coin-Delisle e le decisioni di cassazione, che dall'essere il legatario universale investito di pieno dritto dalla art. 1006 (932) e dal non poter coesistere due investiture, conseguiti, che per ciò solo che esista l'erede per testamento perda la sua qualità il legittimo? Ma invero è troppo evidente la petizione di principio. Senza dubbio, son reali le conseguenze che si attribuiscono alla esistenza di un erede testamentario; ma si tratta appunto di conoscere se esista cotesto erede, se sia legatario colui che tal si pretende, se sia un testamento l'atto che come tale ci presenta! L'erede legittimo sostiene non esservi testamento, non legatario universale, non investitura, e il fatto da cui voi partite è appunto quello che dee discutersi.

7° Si dirà da ultimo, sempre con le decisioni di cassazione, che il testamento olografo sia un atto *sui generis*, di *speziale*

natura, e che abbia una *forza di esecuzione tutta propria*, che la legge può sanzioni provvisoriamente semplici probabilità e apparenze: e che movendo dalla idea (proposta nella discussione al Consiglio di Stato) di esservi più testamenti olografi veri, che falsi, essa dà effetto all'atto prima di qualunque giustificazione e preliminarmente? Ma siccome noi lo dicevamo nelle nostre difese quando si profferivano le decisioni del 13 marzo 1849, e del 23 gennaro 1850, è uopo determinare questo effetto provvisoriamente accordato dalla legge, e indagare in che consista questa forza di esecuzione particolare. Or qui nella *forza di esecuzione* del testamento, v' ha questo di particolare, che secondo l'articolo 1008 (934) quell'atto permette al legatario che innanzi qualunque discussione e per mezzo di una semplice ordinanza contraddittoria si faccia immettere *nel possesso* dei beni, per modo che cotesta idea riesce pure allo esame della influenza del possesso sulla quistione di pruova che noi abbiamo sopra fatto (4° e 5°).

114. Adunque il preteso legatario universale avrà, per mezzo della ordinanza di immissione in possesso, il vantaggio di non dover fare la prova *della domanda* (il che è molto, perchè se nella discussione fra il preteso legatario e il preteso erede legittimo, entrambi fossero rispettivamente non in istato di provare rigorosamente la loro pretensione, avrebbe vinto la causa il preteso legatario per il solo effetto del suo possesso); ma fatta questa pruova, tocca al legatario fornir la prova di difesa: *ACTORI incumbit probatio, reus excipiendo fit ACTOR* (1).*

(1) Si può leggere per maggiore sviluppo il nostro articolo della Revue de droit *français* (1847, p. 933), ed anche la Revue critique (1851, p. 277).

* Troplong, *Donaz. e Testam.*, n. 1560.

« Ora poniamo il legatario universale a fronte di un erede del sangue non riservatario.

« Si vedrà dall'art. 1008 (934) C. Nap. che il legatario universale in virtù d'un testamento olografo o mistico è tenuto a farsi immettere in possesso con una ordinanza del presidente. Quest'ordinanza d'immissione in possesso è stata prescritta dalla legge per dare al testamento olografo o mistico l'esecuzione parata che gli manca: essa ha per iscopo di unire all'investitura di dritto (articolo 1004 (930)); il possesso di fatto, il possesso effettivo, cui il legatario non può assumere in virtù d'un atto che, ad onta della solennità sua, e però un atto privato; essa è un mezzo di proteggere il dritto di parenti interessati e di rassicurare la società.

» Perciò gli eredi del sangue possono intervenire per opporsi all'immissione in possesso, ed, in tal caso, la loro dichiarazione di non riconoscere la scrittura del defunto può bastare secondo l'apparenza delle circostanze, per arrestare l'immissione in possesso, e quindi porre il legatario universale nella necessità di far verificare la scrittura del testamento. Il che può essere eziandio (sempre a tenore della verosimiglianza e della gravità delle circostanze) allorchè gli eredi naturali fanno opposizione all'ordinanza d'immissione in possesso: la loro opposizione può prodursi innanzi al tribunale con un carattere tale di verosimiglianza da rimettere in questione la immissione in possesso, tenerla in sospeso, e far si che il legatario universale non possa ottenerne il mantenimento, se non provando che il testamento è pure irrecusabilmente di mano del defunto. Ma egli è non men certo, a norma della giurisprudenza, essere il giudice chiamato a ponderare, co' suoi lumi e nella sua coscienza, la forza del disconoscimento della scrittura da parte dell' erede naturale, e poter egli, ove l' impugnazione gli sembra vaga, dubbia o avventata, senz'attendere la verificazione che ulteriormente si farà, o immettere il legatario in possesso con un' ordinanza resa conformemente all'art. 1008 (934) ovvero mantenerlo nel beneficio dell'ordinanza, già anteriormente emessa e colpita d'opposizione.

» Allora il legatario universale possiede in virtù d' un titolo che dee provvisionalmente essere rispettato e serba l'investitura di fatto *(saisine)* sintanto che gli eredi del sangue non abbiano stabilite le lor pretensioni. Ciò accade parimente, quando l' immissione in possesso è stata ordinata senza procedura contraddittoria, a sola istanza del legatario universale e senza opposizione. Quest'ordinanza è un atto che ha dato al testamento un'esecuzione parata; quando poi vien l'erede del sangue ad esercitare la petizione d'eredità, e l'azion di rilascio, incontra in questo precedente il principio d'un possesso che rovescia su di lui tutto il peso della prova.

» Quindi segue che l'erede del sangue, ridotto a domandare il rilascio della successione ad un legatario, che possiede legalmente, non l' otterrà (salvo probabile sorpresa) se non provi che la scrittura non è punto del solo autore. Dappoichè non con un dubbio espresso nè tampoco con una negazione farà egli cadere il possesso di dritto e di fatto, di cui il suo avversario ha il beneficio. Gli è ciò che ha deciso con vari arresti la Corte di cassazione. Ed ecco l' epilogo della sua giurisprudenza.

» Il testamento olografo è investito dalla legge di un carattere, e d' una forza d' esecuzione che gli sono peculiari, dando essa il possesso di pieno dritto al legatario universale in tal forma investi-

1009 (935). — Il legatario universale che concorrerà con un erede, cui la legge riserva una quota parte dei beni sarà tenuto per i debiti e pesi dell' eredità del testatore, personalmente per la sua quota o porzione, e ipotecariamente per il tutto; e sarà tenuto di soddisfare tutti i legati, salvo il caso di riduzione. come è stato dichiarato negli articoli 926 e 927 (843 e 844).*

115. Il legatario universale che deve soddisfare per intero i pesi ereditari (fino alla concorrenza dei beni) quando raccolga tutta la eredità perchè manchino eredi legittimari, ne deve solo una parte, quando la concorrenza di eredi legittimari non gli fa avere che una parte del patrimonio. Così prendendo un quarto dei beni perchè il defunto lascia tre o più figli, i quali tutti accettano la eredità, egli è tenuto ad un quarto di debiti; se concorre alla eredità un sol figlio, e il legatario abbia la metà dei beni, questi sarà tenuto alla metà dei pesi, e così via. È la conseguenza necessaria e spesso manifestata di queste due idee: 1° che il legatario universale chiamato alla universalità dei beni raccoglie o la totalità o una quota della universalità; 2° che il patrimonio di uno, l' universalità dei suoi beni non altro è, se non se tutte le sue entrate scemate di tutte le uscite.

Il legatario universale che prende solo tutto il disponibile, è tenuto egli solo al pagamento dei legati, che debbono venir soddisfatti non già su tutti insieme i beni, ma sopra la parte disponibile di essi; se non che quando il suo legato universale viene ridotto, la legge consente che egli faccia soffrire proporzionalmente una riduzione agli altri legati (art. 926 (843)).— Siccome il legatario universale è quello chiamato a tutti i beni, e la concorrenza di un erede legittimario gli vieta di conseguirli tutti, sembra che la concorrenza di un legittimario produrrà necessariamente e sempre una riduzione; nè si comprende che il nostro articolo nel prevedere tal concorrenza possa dire, che il legatario soddisferà tutti i legati, *salvo il caso di riduzione*. Noi abbiamo già soluto tal difficoltà con fare osservare che il legato può essere universale, essendovi la chiamata non a tutti i beni, ma ai soli disponibili. Il legatario allora, sebbene abbia dritto eventualmente a tutto il patrimonio, è chiamato formalmente al disponibile, e la concorrenza di uno o più legittimari gli lascia tutta questa porzione, quindi non vi ha più riduzione, talmente che un legatario universale concorrendo pure con legittimari non soffre riduzione in tutti i casi (vedi art. 1003 e art. 926, n. 3 (929 e 843)).

SEZIONE V.

DELLA SOSTITUZIONE VOLGARE.**

— (936).

to, quando non ci ha erede riservatario. A questa investitura di dritto accoppiasi il possesso di fatto in favore del legatario universale che ha adempito alle condizioni richieste dagli art. 1007 e 1008 (933 e 934). Or, riuniti il possesso di dritto, ed il possesso di fatto, a coloro che vogliono impugnarli rovesciando il titolo incombe di provarne il vizio, giusta la massima: *Onus probandi incumbit ei qui dicit.*

» Confesso che questo ragionamento sembra a me di tanta forza ch'io non veggo cosa vi si possa rispondere ».

* Nel corrispondente art. 935 delle leggi civili è detto:

— (937).

Il legatario universale o l'erede istituito che concorrerà, ecc.

L' erede deve pagare indeminnto il legato, e nella quantità stabilita nel testamento, diminuisca o si accresca in qualunque modo la eredità. C. S. di Napoli 23 gennaro 1844.

** Le nostri leggi civili hanno aggiunto al capo V del presente titolo le sezioni V, VI, e VII, delle quali le due prime trattano delle *sostituzioni*, mentre il Codice francese se n' era occupato in quattro soli articoli 896 a 899. La sezione VII, svolge ampiamente la materia dei *majoraschi* che furono pure introdotti in Francia, dopo promulgato il Codice, col senato consulto del 14 a-

— (938).

— (939).

— (940).

SEZIONE VI.

DELLA SOSTITUZIONE FIDECOMMISSARIA.*

— (941).

— (942).

— (943).

— (944).

— (945).

gosto 1806 e il decreto del 1 mar. 1808.

Della sostituzione volgare.

936. Può all' erede istituito, al donatario o al legatario sostituirsi una terza persona nel caso che alcuno di essi non conseguisse la eredità, la donazione o il legato.

Questa disposizione vien detta sostituzione volgare.

937. Possono sostituirsi nel modo indicato più persone ad una sola, ed una sola a più.

938. Se nella sostituzione è espresso il solo caso che il primo chiamato non possa o che non voglia conseguire la eredità, la donazione o il legato, l' altro caso s' intenderà tacitamente incluso; purchè il disponente non abbia spiegato il contrario.

939. I sostituiti dovranno adempire i pesi imposti a coloro a' quali sono sostituiti; purchè non apparisca la volontà del testatore di aver inteso limitare que' pesi alla persona de' primi.

Nondimeno le condizioni prescritte alla istituzione, alla donazione, o al legato, non si presumeranno ripetute nella sostituzione, se non che quando ciò sia stato espressamente dichiarato.

940. Se tra più coeredi, donatari o legatari a parti disuguali, sarà ordinata una sostituzione volgare reciproca, la proporzione fissata nelle quote della prima disposizione si presumerà ripetuta anche nella sostituzione. Se poi nella sostituzione insieme co' primi nominati è chiamata qualunque altra persona, la parte vacante apparterrà a tutti i sostituiti egualmente.

Della sostituzione fidecommissaria.

* 941. Qualunque disposizione colla quale il donatario, l'erede istituito o il legatario è gravato con qualsivoglia espressione di conservare e restituire ad una terza persona, sarà detta sostituzione fedecommessaria (a).

(a) Rescritto 17 ottobre 1822. — Considerato che i monti di famiglia allorchè sien diretti a provvedere di doti le donzelle nobili, e di soccorsi i giovani, che si avviano per una nobile carriera sono capaci di accrescere il decoro delle famiglie, e quindi la istituzione di siffatti monti non solo diviene utile nello interesse delle famiglie stesse, ma serve ancora a conservare nel suo splendore la nobiltà, che forma il principale sostegno ed ornamento della Monarchia.

Considerato che tutte le particolari controversie sullo scioglimento de' monti di famiglia, non riguardando che interessi privati, sono essenzialmente sottoposte alla decisione dei tribunali ordinari. E finalmente osservato che la dimanda avanzata dagli interessati al monte delle ventinove famiglie per la ripristinazione di esso, debba riputarsi come una anticipazione all'articolo generale della novella istituzione de' monti familiari. — Per questi motivi S. M. si è degnata disporre 1° che sia compilato un progetto di legge sulla novella istituzione de' monti familiari, la quale nell'atto che non si opponga ai principî delle leggi comuni in vigore, contenga poi quelle competenti eccezioni, che sien conformi alle disposizioni stabilite pe' majoraschi, e quella de' monti di famiglia essere unisone, e concorrere alla stabile conservazione della nobiltà del Regno, con provvedere particolarmente al decente mantenimento di tutti gli individui di famiglia; — 2. che sieno lasciate alla decisione dei tribunali competenti le quistioni sullo scioglimento dei monti di famiglia preesistenti, togliendosi interamente la mentovata sospensione de' giudizî stabilita nel Consiglio di Stato dei 31 luglio dello scorso anno; — 3. che qualora concorra il legittimo consenso di tutti i godenti il monte delle ventinove famiglie, se ne possa eseguire il ristabilimento cogli stessi beni, che ne formavano la dote, e che quante volte vi concorra il legittimo consenso di una porzione dei godenti, il monte medesimo si possa ristabilire sulle quote de' beni, che ai godenti consensienti spettano in vigore delle leggi sullo scioglimento dei monti di famiglia, rimanendo esclusi dal beneficio di esso monte i godenti dissensienti, che preferiranno di prender le quote ad essi loro spettanti. — Ha però S. M. dichiarato, che tanto nell'un caso quanto nell' altro debban restare salvi i diritti che i terzi abbiano acquistato su i beni anzidetti per effetto della citata legge sullo scioglimento dei monti, e che debba l'enunciato ristabilimento del monte delle ventinove famiglie conformarsi alle disposizioni e condizioni, che saranno dalla M. S. sanzionate colla novella legge che sarà emanata per norma generale sulla istituzione dei monti di famiglia.

Rescritto 26 luglio 1824. — Ordina, che pe' monti

SEZIONE VII.

DEI MAIORASCHI.*

— (946).

942. Tali sostituzioni son vietate, eccetto nei casi espressamente permessi dalla legge, e salve le disposizioni riguardanti la istituzione dei majoraschi contenute nella seguente sezione.

943. La nullità della sostituzione fedecommessaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della instituzione, o del legato cui sia aggiunta; restando caducate tutte le sostituzioni anche del primo grado.

944. Non sarà considerata come sostituzione, e sarà valida la disposizione tra vivi o di ultima volontà, colla quale sarà dato ad uno l'usufrutto, e ad un altro la nuda proprietà (a).

— (947).

945. Il padre, la madre, gli altri ascendenti, gli zii, le zie, i fratelli e le sorelle, possono sostituire ad un minore di anni diciotto, nel caso che questi muoia senza figli prima di compiere gli anni diciotto, una terza persona, ma in que' soli beni, nei quali sia stato il minore lasciato erede (b).

De' majoraschi.

* 946. È permessa la istituzione dei maioraschi nel modo e nei casi indicati dai seguenti articoli (c).

947. I majoraschi non potranno stabilirsi senza

di famiglia, e di maritaggi ed opere pie ch' esistono in Sicilia non si faccia novità, e per la creazione de' nuovi si attenda la legge da pubblicarsi, il progetto della quale vuole la M. S. che sia accelerato.

Rescritto 19 aprile 1826. — Sulla considerazione che i monti di famiglia istituiti a soli oggetti di pietà, di beneficenza publdica, o anche per dote delle famiglie, son diversi da quei monti destinati a rendere più durevoli le sostituzioni fedecommessarie ed i beni vieppiù vincolati, dichiara che i monti della seconda classe non sono compresi nel rescritto dei 26 luglio 1824; ed ha ordinato, che riguardo a tali monti si esegua ne' domini oltre il Faro il real rescritto de' 17 ottobre 1822 comunicato in questa parte del Regno.

Massime della Corte suprema di Napoli:

— Quando si fa uso di parole che menerebbero a fedecommesso, ma possono interpetrarsi anche in senso diverso, dee seguirsi la interpetrazione che faccia valer l'atto. 9 dicembre 1826.

— I fedecommessi istituiti con atti tra vivi non si possono sciogliere con testamento, se non col consenso de' fedecommessari. 30 ottobre 1838.

— Quando il legatario non ha obbligo di conservare e restituire, ma il solo onere per maritaggi, non si ha la sostituzione vietata. 8 luglio 1848.

— I legati perpetui riconosciuti dalle antiche leggi, non sono vietati dalle leggi attuali. 16 luglio 1850.

— Il peso imposto all'erede di dare ad una terza persona una data somma o quantità di generi non contiene obbligo di conservare e restituire, ma un semplice legato. 19 gennaro 1852.

(a) È fedecommessaria una donazione fatta per contratto di matrimonio nella quale al dono venivano chiamati in prima lo sposo e dopo sua morte i figliuoli di lui nascituri. C. Supr. di Napoli 27 febbr. 1847. Galdi e Galdi.

Conforme. — C. supr. di Napoli, 27 aprile 1847. Addrizza, Merolla e Spaccamela.

— La donazione fatta nel contratto di matrimonio agli sposi e ai figli nascituri ai termini degli articoli 1037 e seg. LL. CC. importa sempre una sostituzione, allora stesso che non si sia imposto il peso di conservare e restituire. C. supr. di Napoli 17 marzo 1855. Greco di Napoli. Rigetto.

— (b) La sostituzione permessa dall'art. 945 delle leggi civili non può estendersi alla quota di riserva. C. S. di Napoli 24 febbraro 1853.

(c) Legge 3 agosto 1818. — 1. È permessa la instituzione dei majoraschi nel modo e ne' casi indicati dalla seguente legge. — 2. I majoraschi non potranno stabilirsi senza la Nostra approvazione. — (3 a 18-V. 948 a 963 delle leggi civili a' quali sono uniformi). — 19. Sarà da Noi destinata una autorità per lo esame delle domande di fondar majoraschi. La medesima verificherà la esistenza delle condizioni richieste per instituirli, e regolerà quindi l'esecuzione di tutti quegli atti, che potranno aver luogo a norma della presente legge, e di un regolamento particolare, che per tale soggetto sarà approvato da Noi.

Decreto 5 agosto 1818. — È approvato l'annesso regolamento relativo al modo come dovranno istituirsi i majoraschi nei nostri reali domini al di quà ed al di là del Faro, riserbandoci di farvi in appresso quelle aggiunzioni o modificazioni che giudicheranno convenienti.

Reg. 5 agosto 1818. — Ogni individuo che vorrà formare un majorasco dovrà dirigerne a Noi la domanda. — 2. La domanda indicherà: — 1° La persona dalla quale dovrà cominciare il majorasco; — 3° La rendita di questi beni, che dovrà essere giustificata coll'estratto della matrice del ruolo delle contribuzioni fondiarie, e col certificato del conservatore dell' officio delle ipoteche, onde consti che i mentovati beni non sieno gravati di alcuna ipoteca, e di alcun privilegio. — 3. Tutte le carte indicate nel precedente articolo saranno da Noi rimesse per esame alla autorità che destineranno per quest'oggetto. — 4. L'esame sarà fatto, secondo lo stato del tempo in cui il majorasco sarà istituito, e come se si aprisse in quel momento la successione a' beni del fondatore; salvo ciò ch' è disposto nell'art. 13 della nostra legge di questo dì (978 ll. cc.). — 5. La domanda per la instituzione del majorasco sarà fatta inserire ne' giornali del nostro Regno colla indicazione precisa de' be-

— (948). — (950).

— (949). — (951).

l'approvazione del Re (a).

948. Potrà dimandarsene la istituzione da que-

ni; e se ne farà affiggere l'annunzio nella Cancelleria del tribunale civile della provincia, ove esistono i detti beni. — 6. Scorso un mese dopo lo adempimento delle disposizioni contenute nell'articolo precedente, si farà seguire la trascrizione della domanda, colla indicazione dei beni nell'ufizio della conservazione delle ipoteche del luogo dove i medesimi si trovano, col pagamento del solo diritto dovuto al conservatore. — 7. Ogni creditore potrà, fra il termine di giorni quindici, da decorrere dal dì che la medesima trascrizione sarà stata fatta, valersi del suo dritto, onde inscrivere la ipoteca anteriore su i beni, che si vogliano sottoporre a majorasco. Dopo questo termine i beni diverranno inalienabili pel corso di un anno, ed incapaci fra questo spazio di tempo di esser soggetti a qualunque vincolo di privilegio o d'ipoteca. — Il conservatore delle ipoteche sarà tenuto di dare avviso de' privilegi, delle ipoteche, e degli altri gravami, che sopraggiugnesse, o fra l'indicato termine di giorni quindici. — Nel corso dell'anno i beni che si vogliono sottoporre al majorasco, dovranno esser liberati da qualunque ipoteca; salvo i casi preveduti coll'art. 12 della nostra legge di questo giorno (957, ll. cc.). — 8. Sarà usata ogni altra diligenza dalla legge prescritta, onde verificare se i beni sieno ancora soggetti ad ipoteche legali, o per liberarsi anche da queste se mai vi esistano. — 9. Si avrà particolarmente in veduta che nello istituire il majorasco rimanga salva la quota di riserva, o sia legittima dovuta ai figli, e non sia recato alla medesima, alcun danno nè per la quantità, nè pella qualità dei beni, che debbono a tale oggetto lasciarsi liberi. — 10. Dopo le indagini enonciate ne' precedenti articoli, il parere dell'autorità da noi destinata, ai termini dell'articolo 19 della nostra legge di questo giorno, unito alla domanda ed a tutti i documenti sarà a Noi rassegnato. — 11. Nel caso che il parere non sia approvato da Noi, la domanda ed i documenti saranno restituiti all'interessato, dandosene parte ai conservatori delle ipoteche, onde la trascrizione già eseguita in forza dello art. 6 del presente regolamento sia cancellata. — 12. Quando sarà da Noi compartita alla domanda la Nostra sovrana approvazione, dovrà fra due mesi formarsi un atto autentico per pubblico notaio, in cui si contenga la istituzione del majorasco colla Nostra approvazione. Questo atto dovrà pure essere trascritto fra due altri mesi. Se durante tale spazio di tempo non sia formato l'atto autentico, o non ne sia seguita la trascrizione, il majorasco si avrà per non fatto. — 13. L'esame della necessità o utilità della alienazione di tutto il majorasco o di una parte del medesimo, giusta l'art. 14 della nostra legge di questo giorno (959, ll. cc.) si farà dalla autorità che Noi destineremo. La medesima dovrà non solo conoscere quanto concerne il permesso dell'alienazione ma regolerà pure la esecuzione del-

gl'individui, i di cui nomi trovansi inseriti, sia nel libro d'oro, sia negli altri registri di nobiltà, da

l'atto, perchè avvenga con sicurezza a vantaggio del majorasco. — 14. La vendita dovrà effettuarsi colle solennità delle licitazioni. Il deposito del prezzo, pendente il nuovo impiego, dovrà farsi pei reali domini al di qua del faro nella cassa di ammortizzazione, e pe' reali domini al di là del faro in que' pubblici banchi, fino a che non si stabilisca una cassa di ammortizzazione. — 15. La stessa conoscenza presa intorno alla necessità o utilità dell'alienazione, sarà presa ancora pe' beni da surrogarsi. La deliberazione verrà sottoposta alla nostra approvazione. — 16. Bisognando agli edifizj, o ad altri stabili del majorasco, spese a riparazioni considerevoli, che eccedano la somma autorizzata dalla legge, si provvederà dal magistrato sulla domanda del possessore.

Rescritto 28 giugno 1820. — Considerato; 1. che la trascrizione della domanda per la creazione del majorasco essendo provvisoria, e non avvalorando il trasferimento del dominio dovea dalla legge essere esentata dal pagamento del diritto fiscale, come infatti lo è stata in forza dell'art. 6. del regolamento de' 3 agosto 1818, ma non così per la trascrizione dell'atto autentico della instituzione del majorasco, la quale è definitiva, e serve ad indicare l'affezione cui i beni sono assoggettati, affezione che eguaglia a trasferimento di dominio; da poi chè il costituente non può più disporre dei beni al majorasco annessi. — 2. che nè il citato regolamento nè la legge de' 21 giugno 1819 han dispensato dal pagamento del diritto la trascrizione di cui è parola, e che non vi è alcuna ragione per accordare una tale dispensa. Dichiara che gli atti autentici della istituzione de' majoraschi di cui si parla dallo art 12 del regolamento del 3 agosto 1818 debbono trascriversi colla esazione tanto dei diritti fiscali che del salario del conservatore.

Decreto 9 agosto 1824. — Il nostro procuratore generale presso la suprema Corte di giustizia residente in Napoli, ed il nostro procuratore generale presso la suprema Corte di giustizia residente in Palermo sono rispettivamente incaricati della istruzione della dimanda per majoraschi, ai termini del regolamento de' 3 agosto 1818, secondochè tali dimande riguarderanno beni siti nè nostri reali domini al di quà o al di là del faro. — 2. Il procurator generale presso l'una o l'altra suprema Corte di giustizia potrà delegare, a' termini delle nostre leggi sull'ordinamento giudiziario, ad uno degli avvocati generali, e volta per volta, il disimpegno delle funzioni che gli sono state conferite col precedente articolo. — 3. I suddetti procuratori generali non potranno spiegare coll'esercizio delle cennate funzioni senza esservi superiormente autorizzati per via della Nostra real segreteria e Ministero di Stato di grazia e giustizia, cui dovranno altresì pervenire i loro rapporti sull'oggetto.

(a) Decreto 12 agosto 1832. — 1. Le disposizioni contenute negli articoli 917 delle leggi civili, e

— (952). — (954).

— (953). — (955).

tutti coloro che sono nell'attuale legittimo possesso di titoli per concessione in qualunque tempo avvenuta; e finalmente da quelle persone che appartengono a famiglie di conosciuta nobiltà del regno delle due Sicilie; salve tutte le altre disposizioni che potranno in seguito esser date relativamente alla nobiltà.

949 I maioraschi possono essere instituiti dagli ascendenti, sieno maschi, sieno femmine, a beneficio de' discendenti maschi.

950 Possono formarsi da' fratelli, purchè non abbiano discendenti, in favore de' loro fratelli.

951. Possono anche istituirsi dagli zii e dalle zie, quando non abbia discendenti, in beneficio dei loro nipoti maschi.

952. I majoraschi saranno trasmessibili nella sola discendenza legittima e naturale del primo institutore, o in quella dell'istituito, da qualunque di essi comincerà il majorasco, ai termini dell'atto di fondazione, per ordine di primogenitura, col diritto di rappresentazione nella linea maschile di maschio in maschio.

All'ultimo possessore della linea retta che muoia senza figli, o discendenti maschi di maschio, succederà il primogenito maschio di maschio della linea prossima all'ultimo possessore, di cui sia zio paterno, o fratello o anche in maggiore distanza; purchè sia primogenito nella sua linea, e sia nel ramo che prossimamente si distacca e si è distaccato dalla linea retta primogeniale dell'ultimo possessore: dovendo formare tutti i maschi di qualunque ramo o linea una sola linea di qualità maschile, per succedere con quell'ordine che sopra si è indicato; misurandosi sempre la prossimità e la qualità di primogenito col dritto di rappresentazione. Sono sempre, e per modo di regola escluse tanto le femmine, che i discendenti per mezzo di femmina.

953. Non potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo. Sarà però sempre permesso di scegliere quel majorasco che si vorrà ritenere, purchè non sia di rendità minore di quello che attualmente si ha. Gli altri majoraschi rimarranno liberi: salvo il ricorso al Re per la formazione di un majorasco maggiore.

954. La quantità de' beni da sottoporsi a majorasco non potrà eccedere la rendita imponibile di annui ducati ventiquattromila, nè esser minore di ducati quattromila (a).

955. Il majorasco non potrà eccedere la quota

15. n. 9. Della legge de'14 di giugno 1824, e nel decreto de' 9 agosto del medesimo anno, relativamente alla instituzione dei majoraschi, saranno altresì provvisoriamente osservate ne' casi di domanda per permutare, alienare o ipotecare i beni soggetti a majorasco.

(a) L. 17 ottobre 1822.—La rendita imponibile de' beni da sottoporsi a majorasco è stabilita nel massimo a ducati trentamila, e nel minimo ad annui ducati duemila. — 2. Potranno esser sottoposte a majorasco le inscrizioni sul gran libro del debito pubblico quando sieno state immobilizzate. —3. Le rendite saranno immobilizzate mediante dichiarazione che verrà fatta dal proprietario per atto da rogarsi da uno de' notai certificatori, ed osservate le altre formalità che si usano per le rendite che si immobilizzano da' contabili per la loro garentia verso il governo; o dai particolari per evizione di una promessa obbligazione. —4. Queste rendite saranno inscritte sul gran libro a nome dello institutore del majorasco col distintivo: conto del majorasco instituito da N. N.; e quando trattasi di chiamati al nome de' medesimi, coll' aggiunta: conto del majorasco instituito da N. N. siffatte inscrizioni essendo di loro natura incommerciabili, non potranno esser date per cauzione dei contabili dello Stato, e non potranno esser trasferite se non a' chiamati nel majorasco; e ciò in forza di decisione o di ordinanza dell'autorità competente, che ne disporrà la intestazione. Lo stesso sarà praticato quante volte il majorasco rimarrà risoluto ne' casi preveduti nel libro III titolo II capitolo V sezione VII delle leggi civili del nostro Codice per lo regno delle due Sicilie. — 5. Negli estratti d' iscrizioni che saranno rilasciati, verrà espressamente marcato il vincolo della inalienabilità. — 6. Sarà in facoltà del primo istitutore, quando il majorasco incominci da lui, e de' chiamati successivi di permutare in tutto o in parte le inscrizioni soggette a majorasco in compra di fondi rustici, o censi, o canoni sopra terre. Questa permuta dovrà esser fatta a' termini dell' art. 939 delle leggi civili e colle forme prescritte nel regolamento de' 5 di agosto 1818.—7. Potranno cumularsi due o più majoraschi in un solo individuo, senza limitazione alcuna.—8. Lo institutore di un majorasco che cominci da se potrà riserbarsi la facoltà di chiamare al godimento di esso quello de' di lui figli maschi, che stimerà di prescegliere. Questa destinazione dovrà seguire per atto tra vivi, o di ultima volontà; e nel caso in cui non abbia luogo, si intenderà prescelto il primo tra' suoi figli, o quegli che lo rappresenta. — 9. Lo institutore di un majorasco che non cominci da sè, potrà ritenere in tutto o in parte l'usufrutto de' beni che avrà sottoposti a questo vincolo. — 10. Sarà nelle facoltà dello institutore di un majorasco di aumentarne la rendita, sino alla rendita imponibile di annui ducati trentamila. Questo aumento potrà pure aver luogo in una o più volte.—11. Negli aumenti e nelle cumulazioni della rendita d'un majorasco saranno osservate le stesse forme che sieno prescritte per lo stabilimento dei majoraschi. —12. Gl' institutori de' majoraschi potranno gravare la rendita de' beni a' medesimi soggetti di vitalizi in favore de' loro conjugi, figli, o altri parenti. Questi vitalizj non potranno però ridurre la rendita libera del majorasco al di sotto di quello che è stabilita per lo minimo nell' articolo 1º—13. Potranno chiamarsi successivamente al godimento di un majorasco più individui, e le loro discendenze ne' termini della legge.—14. La disposizione dello

— (956).

— (957).

disponibile dell' institutore.

956. I beni sottoposti a majorasco debbono essere fondi rustici, e censi o canoni sopra terre. Tutti i suddetti beni dovranno essere di libera proprietà, non soggetti ad alcuna restituzione, e specialmente designati nell'atto della costituzione del majorasco.

957. Il majorasco dovrà esser libero da qualunque ipoteca anche eventuale. Nulladimeno i beni gravati d' iscrizioni ipotecarie per effetto d' ipoteche generali costituite in tempi in cui sono state dalle leggi permesse, o d' ipoteche speciali per crediti non esigibili per un triennio, potranno entrare nella composizione del majorasco, quando gli altri beni del fondatore offrano una sicurezza bastevole a garentire il majorasco dallo effetto delle suddette iscrizioni. Se la iscrizione abbia per causa un diritto eventuale, o un credito non esigibile fra un triennio, la garentia sarà giudicata sufficiente, quando la somma de' beni per quella designati presenterà l' equivalente del valore del diritto suddetto, o del capitale non ancora esigibile calcolandosene la rendita alla ragione del tre per

— (958).

— (959).

cento.

958. Quando i beni giudicati sufficienti nel tempo della costituzione de' majoraschi non si trovassero dati nel tempo della morte del fondatore, o per diminuzione che abbia sofferto il di lui patrimonio, o perchè i figliuoli non trovino l'intera loro porzione legittima nella eredità libera, non s' intenderà mai pregiudicato il diritto de' figliuoli: e la porzione legittima di ciascuno, non esclusa quella dello stesso chiamato al majorasco sarà precapita libera da qualunque vincolo. Quante volte il majorasco per effetto di tale precapienza non conservi la rendita di ducati quattromila, si avrà come *ipso jure* disciolto.

959. Le vendite, le permute e le altre alienazioni di tutti i beni sottoposti a majorasco, o di una porzione de' medesimi, saranno nulle, nè produrranno alcun effetto, quando non sieno state fatte ne' casi di necessità o di utilità, e non sieno state eseguite colle forme prescritte nel regolamento de' 5 agosto 1818.

Questa disposizione è del pari applicabile alle ipoteche di cui vorranno gravarsi gli stessi beni.

articolo 949 delle leggi civili è applicabile a' genitori adottivi; e quella espressa nell'articolo 913 delle stesse leggi si estende a' pro-zii ed alle pro-zie.—15. Nello eseguirsi la disposizione contenuta nell' art. 9 del regolamento de' 5 di agosto 1818 relativa alla quota di riserva, o sia legittima dovuta a' figli dello institutore d' un majorasco, le doti costituite e qualunque altra liberalità fatta dal medesimo saranno calcolate nel patrimonio di esso institutore colla norma prescritta dalle leggi civili.—16. Le disposizioni contenute in questa legge sono considerate formar parte integrante delle disposizioni delle leggi su' majoraschi.

L. 29 ottobre 1825. — 1. La moglie dell' istitutore di un majorasco in favore della discendenza comune, in somma permessa dalla legge, potrà concorrere ad aumentare la rendita di questo majorasco colla parte disponibile de' suoi beni dotali o estradotali. — 2. La disposizione cui la moglie dell' istitutore di un majorasco potrà dar luogo per l'articolo precedente, non sarà obbligatoria per la medesima durante la sua vita, ma produrrà tutti gli effetti dal giorno della sua morte, purchè prima non l' abbia variata. — 3. Qualora alla morte della donna la porzione de' beni che ne sarà stata messa per aumentare la rendita del majorasco, si trovi caducata, resterà il majorasco nella somma che si sarà costituita dal marito; salvo anche per questo majorasco il caso della caducità, a' termini della legge.—4. L'istitutore del majorasco, in somma permessa dalla legge, il quale cominci da lui, e che avendo due o più figli, siasi riserbato chiamarvi al godimento quello tra essi che stimerà di prescegliere, ai termini dell'articolo 8 della legge de' 17 di ottobre 1822, potrà aumentare la rendita di tale majorasco co' beni componenti la legittima del figlio, sempre che però la rendita de' beni che l' institutore avrà affetti al majorasco, sia per lo meno il doppio della rendita de' beni della legittima sottoposti al majorasco. — Il figlio cui sarà stata imposta questa condizione, potrà a suo arbitrio rinunciare al majorasco, e ritenere la legittima alla quale avrà diritto.—5. L' institutore del majorasco potrà disporre che nel caso di rinunzia del figlio che avrà prescelto, il majorasco passi ad altro figlio colla medesima condizione, e così successivamente per tutti i suoi figli. Ove questa condizione non sia accettata da alcuno dei figli, il majorasco cederà in beneficio del figlio prescelto, a' termini dell'art. 8 della legge de' 17 di ottobre 1822, quante volte non vi sia altra prescrizione dell' institutore del majorasco in contrario.—7. Il termine accordato a' figli per accettare o rinunziare la disposizione paterna è quello stabilito dalla legge per far l' inventario e per deliberare.—8. Sia che la moglie concorra all'aumento del majorasco a' termini dell'articolo primo, o che il majorasco sia aumentato coi beni componenti la legittima del figlio, ai termini dell' art. 4; la rendita del majorasco, compresa quella derivante dall'aumento, non potrà eccedere il massimo stabilito dalla legge. — 9. Le disposizioni contenute in questa legge sono considerate formar parte integrale delle disposizioni delle legge civili sui majoraschi.

D. 11 ottobre 1826.—Per effetto dell' autorizzazione sovrana per la instituzione di un majorasco niun pregiudizio è arrecato a' diritti altrui competenti sulla pertinenza de' fondi soggetti al medesimo; e nella specie che la quistione risguardi gli effetti legali che dalla instituzione del majorasco derivano, l'esame di questi effetti deve dal magistrato instituirsi nei termini e nel modo dalle leggi prescritto.

— (960).

— (961).

— (962).

— (963).

SEZIONE V (VIII).

DE' LEGATI A TITOLO UNIVERSALE.

1010 (964).—Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore lega una quota parte dei beni de' quali la legge gli permette di disporre, come sarebbe una metà, un terzo, ovvero tutti i suoi immobili, o tutti i suoi mobili, od una quantità determinata o degli uni o degli altri.

Qualunque altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare.

SOMMARIO

I. L'antica giurisprudenza ammetteva solo due classi di legati.
II. Delle diverse specie di legati a titolo universale.
III. La classe dei legati particolari comprende tutto ciò che non è legato universale, o a titolo universale secondo gli art. 1003 e 1010 (929 e 964), e specialmente qualunque disposizione di usufrutto (dissenso con Duranton).

I. — 116. Il nostro antico dritto non conosceva legato a *titolo universale* distinto

960. I successori a' maioraschi sono obbligati a pagare i seguenti debiti de' loro antecessori, pei quali i creditori s' intendono aver privilegio sulle rendite del majorasco;

1° Le spese giudiziali.

2° Le spese funerali.

3° Tutte le spese di ultima infermità, in proporzioni eguali fra quelli da cui son donate.

4° I salari delle persone di servizio per l' ultimo semestro decorso, e quelli dovuti per lo mese corrente.

5° Le somministrazioni di sussistenza fatte all'antecedente possessore del maiorasco ed alla sua famiglia pel corso di un anno, salvo il caso che siavi prescrizione di tempo minore.

Se i debiti di sopra enunciati sieno del padre dell'attual possessore, ancorchè non sia stato godente del maiorasco, o della madre, dovranno con egual privilegio esser soddisfatti dalle rendite del maiorasco.

6° Le spese per le ricostruzioni o riparazioni di edilizi inservienti a fondi, canali, o di qualunque opera di simil natura, fatte ne' fondi del maiorasco, sia che la somma si debba agli stessi architetti, appaltatori, muratori ed operai, sia che si debba ad altri che abbiano per tale oggetto prestato danaio; purchè le ricostruzioni e riparazioni sieno a carico degli usufruttuari, e non della proprietà.

Tutti questi pagamenti sono forzosi fino alla concorrenza di un'annata di rendita, da soddisfarsi nel corso di due anni; salvo al possessore il regresso contro i beni liberi dei mentovati debitori.

961. Se in morte del possessore del maiorasco, oltre del primogenito cui si trasmettono i beni, vi sieno altri figli secondogeniti, potranno costoro reclamare una pensione alimentaria sulle rendite del maiorasco, quante volte non abbiano beni di loro pertinenza, onde poter vivere con decenza. Detta pensione sarà definita secondo le circostanze, attenendosi sempre ad una quantità minore della rendita corrispondente alla quota che sarebbe spettata ai detti secondogeniti su' beni del maiorasco, ove questi fossero stati liberi.

962. Essendovi figlie femmine, in difetto di beni sufficienti per maritarle decentemente, sarà dovuta anche alle medesime la dote che verrà dedotta dalle rendite del maiorasco in tante rate uguali, da non eccedere lo spazio di dieci anni.

Avranno eziandio prima del matrimonio diritto agli alimenti, ove d' altronde non abbiano mezzi da sussistere (a).

963. Se il possessore de' beni del maiorasco avrà promesso alla moglie nel contratto matrimoniale la sopravvivenza, i beni del maiorasco vi saranno obbligati in mancanza di beni liberi, ma non oltre il sesto della rendita, a cui il successore dovrà adempire.

— (a) A' secondogeniti contemplati perchè da una parte della rendita del maggiorato fossero provveduti di una pensione vitalizia, non compete per causa delle annate decorse alcuna ragione di condominio sui beni che lo compongono. Nè ragione alcuna di condominio compete per causa delle doti alle donzelle contemplate, perchè di dote fossero provvedute da una parte della rendita istessa. C. S. di Napoli 26 gennaro 1832.

dal legato *universale*: le espressioni *legato universale e legato a titolo universale* erano sinonimi, indicando una sola e medesima classe di disposizioni. Due classi di legati vi erano: 1° il legato universale o a titolo universale, e 2° il legato particolare o a titolo particolare. Alle volte s' incontra nel Codice qualche avanzo di tal divisione. Così quando l'art. 971 (896) oppone il legatario *a titolo universale*, al legatario *particolare*, dichiarando che il primo è tenuto al pagamento dei debiti, e l'altro ne va esente, sotto la qualifica di legatario *a titolo universale* comprende pure il legatario *universale*. Viceversa, quando l'art. 909 (825) oppone le disposizioni *universali* a quelle fatte *a titolo particolare*, è chiaro che abbraccia nella medesima espressione il legato *universale* e quello *a titolo universale*. Quei medesimi che tolsero via l'antica classificazione, vi tornarono senza volerlo, e avrebbero fatto meglio a conservarla; ma come può giustificarsi la classificazione immaginata dal Codice? Come separare logicamente il legato universale, e quello *a titolo* universale, anzichè il legato particolare e quello *a titolo* particolare? Forse il legatario è o non è universale per il suo stesso titolo? Forse non sono la medesima cosa il legato e il titolo? Checchè ne sia, il Codice distingue tre classi di legati, e siccome la sua divisione ridevole per le qualifiche è applicabile alle cose, è nostro debito seguirla scrupolosamente. Noi dunque distingueremo pure: 1° il legato universale, 2° il legato a titolo universale, 3° il legato particolare o a titolo particolare.

Se in poche parole può definirsi il legato universale, non è così di quello a titolo universale, nè del legato particolare; non potendo l'uno esser definito altrimenti che indicando successivamente le quattro branche in cui si suddivide; e potendo l'altro esserlo negativamente con dire, essere il legato particolare quello che non è universale, nè a titolo universale.

II.—117. Siccome abbiam detto, vi hanno quattro specie di legato a titolo universale, che sono indicate (con termini poco esatti) dal primo paragrafo del nostro articolo. In fatti il legato a titolo universale è quello con cui il testatore dispone: 1° di una quota della universalità dei suoi beni; 2° della universalità dei suoi beni immobili; 3° della universalità dei suoi beni mobili; 4° di una quota dell' una o l' altra di esse due universalità.

Dapprima presentiamo come legato a titolo universale quello che assegna una quota della universalità dei beni; *di tutti i beni*, e non solo di *quelli disponibili*, come male ha detto il nostro articolo, che coi suoi termini menerebbe in errore. Così io avendo un figlio, se lego a Pietro la metà dei miei beni, qual'è l'indole del legato? Non è desso un legato universale, non dando alcun dritto, nemmeno eventuale, alla totalità dei beni (art. 1003 (929)). Stando al nostro articolo, desso non sarebbe nemmanco un legato a titolo universale; non disponendo nè di tutti gli immobili, nè di tutti i mobili, nè di una quota di quelli o di questi, nè in fine di una quota di beni disponibili (perchè attribuisce tutto il disponibile). Esso dunque sarebbe un legato particolare. Ma pur non è così; perchè se è vero che io facessi un legato a titolo universale legando la metà del mio disponibile, cioè il *quarto* dei miei beni, come potrebbe essere il mio legato di ben altra natura quando abbia legato la *metà* di questi miei beni?

Le prime linee del nostro articolo furono dunque mal compilate. Senza dubbio, il legato che dispone di una parte del disponibile, è pure un legato a titolo universale; perchè essendo il disponibile (quando non è la stessa universalità) una quota della universalità, la quota del disponibile è quindi una quota di quota, una frazione di frazione, e conseguentemente una frazione dell' intera unità; in altri termini, una quota del disponibile è al un tempo quota di tutti insieme i beni. Ma se è vero che legato a titolo universale della prima specie sia qualsivoglia legato di una quota del disponibile, che ogni legato di questa prima specie ha per oggetto una quota del disponibile. È uopo pertanto

prendere la idea più larga, più comprensiva, che presenti come prima specie di legato a titolo universale, quello con cui il testatore dispone di una quota dei suoi beni.

118. Le tre altre sorta di legati sono esattamente indicati; se non che si badi che quando la legge qui parla di legato che disponga di tutti gl'immobili o mobili, suppone che la disposizione versi sopra gl' immobili o i mobili riguardati in massa, e tutti insieme. Così colui che avendo per immobili due case e due poderi, legasse a Pietro la sua casa di Parigi, quella di Sceaux, e poi il podere di Normandia, e quello di Picardia: sebbene avesse legato tutti i suoi immobili, non avrebbe fatto un legato a titolo universale, ma un legato particolare, avendo legato questi e quelli immobili determinati, e riguardati a solo, e non già l' universalità di essi. — Oggidì non si comprendono di leggieri queste tre specie di legati universali. Secondo le nostre consuetudini, allorquando si distingueva la successione agli immobili, e quella ai mobili (per modo che ciascuna di tali classi di beni formasse una universalità, una massa separata, coi suoi pesi distinti) ben si comprende che la disposizione di una di tale masse di beni formasse un legato *universale*, essendo il legato di una *universalità*; ma oggi che la legge non riguarda più nè la natura nè l' origine de' beni (art. 732 (655)); e tanto gl' immobili che i mobili formano una sola successione, bisognava per esser logico non vedere in tali disposizioni se non legati particolari. Checchè siane la legge è formale, e noi dobbiamo accettarla qual' è.

III. — 119. Ogni disposizione che non si spiega con le definizioni che sopra si son date di legati universali ed a titolo universale, costituisce un legato particolare.

Così colui che lega tutti i suoi immobili non in massa ma come beni determinati; colui che lega, anche in massa ed in complesso tutte le sue case, tutti i suoi boschi, tutti i suoi immobili delle colonie o di tal dipartimento, escludendo così gli altri immobili, non fanno che legati particolari. Sarebbe lo stesso di quel legato con cui una persona disporrebbe di tutti i beni derivati da una successione che abbia raccolto, perocchè sebbene questi beni formassero prima un' universalità, poscia confondendosi nel patrimonio del testatore hanno perduto tale carattere, e costituiscono con gli altri beni una sola e medesima massa, nella quale sono i beni particolari; la loro disposizione quindi forma un legato particolare. Nè sarà altrimente di qualsivoglia disposizione di usufrutto, comunque l'usufrutto possa essere esteso. Così, io fo sempre un legato particolare, sia che leghi il godimento di tutti i miei beni immobili, o della metà di tutti i miei beni, anche della intera universalità di questi stessi beni. In vero, appena io ho legato il godimento, tutti i miei beni rimangono dunque nella mia successione *ab intestato*, e non ho disposto nè dell' universalità dei miei beni, nè d'una quota di questa universalità, nè dei miei immobili nè de' miei mobili, nè d' una quota dei miei immobili o mobili, per modo che la mia disposizione, checchè possa dire il Duranton, rientra sotto questa regola finale del nostro articolo: « Ogni altro legato non forma che una disposizione a titolo particolare ». E che sia così n' è prova che i legatari universali o a titolo universale, pagano necessariamente la loro parte e porzione dei debiti (art. 1009, 1012 (935, 966), mentre il legatario di un usufrutto, sia pure d'un usufrutto universale, non ne paga menomamai la menoma parte. L'articolo 612 (537) citato a torto dal Duranton, mostra precisamente che l' usufruttuario anche universale o a titolo universale, non è tenuto che *agl' interessi* dei debiti; or pagare gl' interessi di un debito non vale soddisfare una porzione del debito, perocchè dopo avere pagati questi interessi esattissimamente per 10, 12 o 15 anni, il debito non sarà diminuito d' un centesimo. Senza dubbio, si può parlare di legato universale ed a titolo universale dell'usufrutto; come fa il Codice nell'art. 610 (535). Ma bisogna osservare che questi

non sono legati universali ordinari e propriamente detti. Converrà principalmente badare a non imitare il Duranton, il quale mentre qui pretende che i legati fatti in usufrutto nei limiti del nostro art. 1010 (964) sieno legati a titolo universale (IX-208), confessa in altro luogo (n. 189, 2° par.) che il legato fatto in usufrutto nei limiti più estesi dell'art. 1003 (929) non sia un legato universale. È chiaro abbastanza che se si ammettono, come modo di parlare, i legati a titolo universale d'usufrutto, bisogna ammettere ancora i legati universali d'usufrutto.*

1011 (965). — I legatari a titolo universale saranno tenuti di domandare il rilascio agli eredi cui è riservata dalla legge una quota parte dei beni; ed in loro mancanza, ai legatari universali, e mancando questi, agli eredi chiamati secondo l'ordine stabilito nel titolo delle successioni.**

120. Il legatario a titolo universale non essendo giammai chiamato alla totalità dei beni, non potrebbe in alcun caso essere investito del possesso (*saisine*), e deve sempre dimandarne il rilascio. Le persone diverse alle quali ci debbe, secondo le circostanze indirizzarsi, ci sono indicate dal nostro articolo, di cui il quadro è d'uopo tuttavolta che sia terminato.

Così quando l'intera successione sia raccolta da uno o più eredi, sieno o no riservatari i quali si spartiscono tutto il disponibile (per esempio un solo figlio, o tre o quattro figli, o i padri o le madri o un solo fratello, o più fratelli e sorelle o un ascendente d'una linea e un collaterale non privilegiato dell'altra linea), bisogna dimandare il rilascio o a quest'unico erede, o a tutti questi eredi insieme. —Se la successione sia divisa fra diversi eredi di cui gli uni solamente sieno riservatari, ed il reparto non abbia dato ai primi che la loro riserva (il padre e la madre, o uno dei due solamente, con i fratelli, e le sorelle o i discendenti di essi), allora essendo gli eredi non riservatari i soli possessori del disponibile, il rilascio ad essi solamente dee essere dimandato. Se vi sia un legatario universale, il quale per la mancanza di eredi riservatari trovisi investito di pieno dritto, sarà dimandato a lui; se questo legatario universale non abbia l'investitura per la presenza di eredi riservatari, ma gli sia stato accordato il rilascio, bisogna anche a lui indirizzarsi per lo rilascio, perocchè egli solo possiede il disponibile; se in fine questo legatario universale non investito non abbia ancora ottenuto il rilascio, il legatario a titolo universale lo dimanderà all'erede o a' diversi eredi, essendo essi quelli che si trovano investiti nel possesso di tutta la successione. — Se non vi ha nè erede riservatario, nè legatario universale, nè alcun erede non riservatario, e quindi la successione sia devoluta ai successori irregolari (figli naturali, conjuge sopravvivente o lo Stato) tocca a costoro laddove sieno stati ammessi in possesso (art. 724, 770, 773) 645, 686, T) fare il rilascio, perocchè sono essi i detentori della successione; se finalmente nissun successore siasi fatto mettere in possesso, il legatario a titolo universale deve indirizzarsi alla giustizia per fare nominare un curatore all'eredità giacente, e farà la dimanda contro questo curatore.

121. Abbiamo veduto sotto l'art. 1005 (931) che il legatario a titolo universale

* Troplong, *Donaz. e Test.*, n. 1848.

Il legato di usufrutto di tutti i beni non è che un legato a titolo universale. Difatti, il legatario d'un tal legato non ha che un dritto limitato ad una natura di beni: or come rappresenterebbe il defunto *in universum jus*, egli cui manca il dritto più essenziale, e che non è mica proprietario? Non sul capo di lui sta il dritto universale; sibbene sul capo del nudo proprietario il quale tosto o tardi vedrà l'usufrutto consolidarsi nelle sue mani con la nuda proprietà.

** Il legato di usufrutto a titolo universale è dovuto dal giorno della morte del testatore, e non già dalla dimanda. C. S. di Napoli 9 nov. 1848.

ha dritto ai frutti solamente dal giorno in cui dimanda il rilascio, o l'ottiene amichevolmente.

1012 (966).—Il legatario a titolo universale egualmente che il legatario universale sarà tenuto a soddisfare i debiti, ed a sostenere i pesi dell'eredità del testatore, personalmente per la sua quota e porzione, e per il tutto ipotecariamente.*

122. Il legatario a titolo universale prendendo parte ai beni considerati in massa e come universalità, deve concorrere al pagamento dei debiti che sono a carico dell'universalità.

È ben facile determinare la parte che dee contribuire nel legato della prima specie, cioè quando egli prende una quota parte di tutti i beni, perocchè sarà la quota parte proporzionale dei debiti; s'egli ha il quarto o il terzo dei beni, pagherà il quarto o il terzo dei debiti.—Negli altri legati a titolo universale, cioè a dire quando il legatario prende tutti gl'immobili o tutti i mobili, o una quota di questi immobili o di questi mobili, fa d'uopo calcolare quale frazione rappresenti l'oggetto del legato in raffronto all'unità della successione, e mettere a peso del legatario una frazione corrispondente dei debiti. Così, per esempio, se gl'immobili formino il terzo della successione ed il legato sia del terzo degl'immobili, il legatario prende quindi la nona di tutti i beni e per conseguente dee pagare la nona parte dei debiti.

1013 (967).—Quando il testatore non avrà disposto che di una quota della porzione disponibile, e che avrà fatta tale disposizione a titolo universale, il legatario sarà tenuto unitamente agli eredi naturali a soddisfare per la sua tangente ai legati particolari.

123. I debiti essendo un peso di tutta la successione, ed il legatario a titolo universale non prendendo giammai l'intiero di questa successione, egli non deve giammai la totalità dei debiti, ma solamente una parte. Avviene altrimenti dei legati particolari: egli qualche volta è tenuto pagarli in parte, ma delle volte li deve per l'intero. I legati diversamente dai debiti devono prendersi per intiero sulla porzione disponibile, di guisa che si devono non già nella proporzione di quello che si prende nella totalità dei beni, ma nella proporzione di ciò che si *prende* nel disponibile. Dunque se il legatario a titolo universale prende tutto il disponibile, se gli sia stato legato il quarto, il terzo, la metà, e non eravi di disponibile che questo quarto, questo terzo o questa metà, egli soddisferà solo tutti i legati particolari, ancorchè i legati esaurissero la sua parte. Che se (ed è questo il caso del nostro articolo) non gli sia stato legato altro che una parte del disponibile, egli pagherà tali legati particolari nella quota proporzionale, ed il rimanente sarà a carico dello erede, a cui è devoluta l'altra parte del disponibile

Così se una persona, la quale abbia un figlio, e di cui il disponibile sia la metà, leghi a Pietro il quarto dei suoi beni (metà del disponibile), Pietro pagherà la metà del legato particolare, e l'altra metà sarà pagata dallo erede che conserva la seconda quarta disponibile; ma se il testatore avesse legato a Paolo la seconda quarta disponibile, non pagherà nulla l'erede, ed il secondo legatario a titolo universale soddisferà la seconda metà dei legati.

124. Questo principio che i legati particolari sono a peso dei legatari a titolo

* Il legatario a titolo universale, che non ha compilato inventario, è astretto a pagare tutti i legati particolari quantunque *ultra vires haereditatis*. C. S. di Napoli 16 settembre 1844.

universale, in proporzione delle parti che costoro prendono nel disponibile, riceve eccezione in un caso: cioè quando esista un legatario a titolo universale di una data specie di beni, e trattisi di legati particolari, che abbiano per oggetto beni di questa medesima specie. Così se il testatore abbia legato a Pietro tutti i suoi immobili, ed a Paolo la sua casa della strada Vivienne, Pietro solo adempierà il legato della casa, nè l'erede vi contribuirà per nulla, comunque il legato a titolo universale di tutti gl'immobili non equivarrebbe alla totalità della porzione disponibile. In fatti, è chiaro allora che il testatore ha fatto il legato particolare come una restrizione dell'altro, e nel suo pensiero il legato a titolo universale significa: Pietro avrà tutti i miei immobili eccettone la mia casa. Così ancora, se vi sia un legatario di tutto il mobiliare, ed il testatore abbia legato ad altri la sua biblioteca, o l'argenteria, o uno de' suoi quattro cavalli, questi differenti legati saranno evidentemente a peso esclusivo del legatario di tutti i mobili.

125. Se non che non si dee ammettere, come fa Duranton (IX-218), che questo legatario di una classe intera di beni pagherebbe solo tutti i legati di beni della medesima classe, anche allorquando i legati fossero fatti *in genere*, purchè nella successione esistessero beni della medesima specie. Così, allorchè il testatore ha legato una somma di . . . . senz'altra determinazione, la circostanza che nella successione vi ha molto numerario per soddisfare questo legato, non giustifica che lo si debba mettere per intero a peso del legatario del mobiliare. È d'uopo, come molto bene l'insegnano Delvincourt, Toullier (V-559) e il Vazeille (n. 3), che l'oggetto legato sia determinato se non *in ipso individuo*, come tal navilio, almeno qual uno dei beni ereditari, come nel legato di uno dei quattro cavalli. Affinchè il legato di *tale* o *tal mobile* sia una restrizione fatta al legato generale di *tutti i mobili della successione*, bisogna esser certo che il testatore abbia inteso parlare di tale o tale *dei mobili contenuti in questa successione*. Egli è vero che questa sarà quistione intenzionale da giudicarsi secondo le circostanze, ma il principio del Duranton come tale è inesatto.

SEZIONE VI (IX).

DEI LEGATI PARTICOLARI.

1014 (968). — Qualunque legato puro e semplice darà al legatario, dal giorno della morte del testatore, un diritto sulla cosa legata trasmissibile ai suoi eredi, od aventi-causa dal medesimo.

Ciò non ostante il legatario particolare non potrà mettersi in possesso della cosa leguta, nè pretenderne i frutti od interessi che dal giorno della sua domanda di rilascio fatta secondo l'ordine stabilito nell'art. **1011 (965)** o dal giorno in cui gli si fosse volontariamente accordato il detto rilascio. *

126. Quantunque questo articolo sia collocato sotto la rubrica *dei legati particolari*, il suo primo paragrafo è applicabile a ciascuna specie di legati, anche a quelli universali o a titolo universale. È altrimenti del secondo di cui l'unico oggetto sono i legati particolari.

Il dritto che fa nascere il legato, sia esso universale, a titolo universale o particolare, allorchè è puro e semplice, comin-

* Decreto 28 giugno 1823. — 1 È rivocato il decreto de' 18 febbraro 1810, con cui i legati di monacaggio furono commutati in maritaggi. Tali legati si adempiranno secondo la primiera loro instituzione. — 2° La disposizione dell'articolo precedente non avrà effetti retroattivi.

cia dal giorno stesso della morte del testatore; se il legato fosse condizionale, il dritto non nascerebbe che dal giorno dell'avvenimento della condizione giusta l'articolo 1040 (995); si vede che in questo luogo la qualificazione di *puro e semplice* è presa *lato sensu*, come sinonima di *non condizionale* per esprimere altresì i legati a termine.

127. Il dritto che produce il legato specificato dal nostro paragrafo di dritto *alla cosa* è talvolta un semplice *jus ad rem*, ma talvolta secondo le circostanze è pure *un jus in re*. Così, per esempio, quando l'oggetto del legato è una somma di denaro, è evidente che il legatario non ha immediatamente il *jus in re*, ma ha un semplice credito un *jus ad rem*, il quale non produrrà il dritto di proprietà se non mercè la tradizione del denaro ; se, per l'opposito, il legato ha per oggetto uno o più corpi certi e determinati, il legatario ne sarà proprietario immediatamente. In ogni caso, quale che sia l'indole del dritto ingenerato dal legato , questo dritto nel legato puro e semplice (vale a dire non condizionale) apparterrà dal dì della morte del testatore anche al legatario , il quale sin d' allora può trasmetterlo sia mercè atto tra vivi gratuito o oneroso , sia con testamento , sia per successione *ab intestato*.

128. Il legatario particolare al pari che quello a titolo universale, ed il legatario universale non investito, non può mettersi nel possesso da sè stesso. Gli è mestieri farsi rilasciare le cose legate dalle persone, di cui sotto l'art. 1011 (965) parlando del legatario a titolo universale abbiamo esposto il quadro (al quale vuolsi qui aggiungere lo stesso legatario a titolo universale , poichè anch' egli può essere uno dei debitori. ed anche il solo debitore del legato particolare).

Il legatario particolare non altrimenti del legatario a titolo universale, ha diritto ai frutti o interessi delle cose dal giorno del rilascio o dimandato giudiziariamente o consentito volontariamente (V. art. 1005 (931 M)).

La necessità di ottenere il rilascio è una regola fondamentale del sistema di successione testamentaria, è una legge d'ordine pubblico che impedisce principalmente il legatario d'impadronirsi da sè stesso della cosa legata ; giammai dunque può un legatario francarsene. Segue da ciò che la dispensa che ne ordinasse il testatore non sarebbe valida , e se la cosa legata si trovasse nelle mani di un terzo , il legatario , benchè ne fosse proprietario , non potrebbe rivendicarla prima di dimandarne il rilascio dallo crede.

1015 (969).—Gl' interessi o frutti della cosa legata, decorrono a vantaggio del legatario dal giorno della morte , e senza che ne abbia fatta la giudiziale domanda.

1° Quando il testatore avrà intorno a ciò dichiarata espressamente la sua volontà nel testamento.

2° Quando sarà stata legata a titolo di alimenti una rendita vitalizia od una pensione.

SOMMARIO

I. L'articolo indica due casi di eccezione alla regola posata dall' articolo precedente intorno ai frutti. Osservazioni sopra queste due eccezioni.

II. Si fa auco eccezione;3. quando il testatore ha dichiarato dispensare il legatario dalla dimanda del rilascio: 4. quando il legatario si trovi prima della morte nel possesso della cosa legata.

I.—129. La legge ci presenta qui due eccezioni al principio di non attribuirsi al legatario i frutti della cosa legata se non dal dì del rilascio consentito all'amichevole o giudiziariamente domandato, dichiarando che nei due casi indicati, il le-

gatario avrà dritto ai frutti dal giorno stesso della morte del testatore.

La prima eccezione applicabile a qualunque oggetto legato, avviene allorchè il testatore medesimo dichiari che attribuisce i frutti dal giorno della sua morte. Se non che bisogna dapprima che questa volontà sia espressa e formale. Veramente non è necessario che il testatore abbia detto precisamente: « Voglio che il mio legatario abbia i frutti dal giorno della mia morte; » ei può manifestare la sua volontà con qualsivoglia termine, ma bisogna in breve che questo pensiero sia espresso, non potendosi indurre con presunzioni da tale o tal' altra circostanza. È necessario inoltre che la manifestazione di questa volontà si trovi nel testamento, o almeno in un testamento (poichè s'intende non esser necessario che ella sia in quello stesso che contiene il legato); se fosse espressa in una scrittura che non offrisse i caratteri del testamento, resterebbe senza effetto. Del rimanente si comprende che se cotale dichiarazione fosse scritta, datata e sottoscritta dal testatore, costituirebbe per sè sola un testamento olografo; perocchè presenterebbe una disposizione di beni, essendo il legare i frutti una disposizione d' una parte dei beni.

La seconda eccezione si applica al legato di una rendita vitalizia o di una pensione, e si effettua allorchè questa rendita o pensione sia legata a titolo di alimenti. E chiaro non essere qui richiesta che l'idea del testatore, di fare le sue liberalità a titolo di alimenti sia espressa; basterà che il fatto esista, ed appartiene ai tribunali laddove sorga contesa, verificarne la esistenza o inesistenza, secondo lo stato del legatario, e le altre circostanze della lite.

Per tal modo adunque nei due casi del nostro articolo il legatario in qualunque epoca formi la sua dimanda, fosse pure un anno e più dopo la morte (come per esempio se fosse stato assente al tempo della morte del testatore, e avrebbe saputo molto tardi la sua liberalità) avrà dritto dal giorno della stessa morte nel primo caso ai prodotti, interessi o frutti che si vogliano dell'oggetto legato qualunque sia, e nel secondo caso alle annualità della rendita o pensione (1).

II. — 130. I due casi di eccezione indicati dal nostro articolo non sono i soli che bisogna riconoscere, dovendosene aggiungere due altri:

1. Abbiamo detto sotto l'articolo precedente, che l'obbligo del legatario di dimandare il rilascio essendo una regola d' ordine pubblico, il testatore non potrebbe dispensarnelo neppure con una disposizione formale del testamento. Ma se simigliante clausola non può produrre tutto l' effetto che il testatore se ne riprometteva, poichè desso contraria leggi cui non è lecito derogare, nulla impedisce che produca lo effetto meno esteso che le leggi autorizzano. Or il dispensare un legatario

(1) La rendita sia vitalizia, sia perpetua è il *dritto* di raccogliere la prestazione periodica di certi valori in danaro o in derrate (art. 529, numero III (452)); i prodotti o frutti della rendita si appellano *annualità*. Queste annualità non sono nemmeno la rendita, come non sono l'usufrutto i frutti annuali che mi dà il mio usufrutto: l' usufrutto è un *dritto*, una cosa incorporale, *ipsum jus utendi-fruendi*; la rendita è anche un dritto di cui le annualità sono i frutti civili.

Dunque dee sembrare strana la novella interpretazione che ha dato Coin-Delisle del nostro articolo, confutando gli autori (num. 21-23). Secondo lui le annualità della rendita, sono la rendita stessa ed i frutti sono gl'interessi che possono produrre le somme dovute per annualità decorse. Giusta questo principio singolare il legatario di una rendita vitalizia (o d'una pensione) avrebbe diritto sempre alle annualità dal giorno della morte, quantunque il suo legato non fosse a titolo di alimenti, e quando fosse a titolo alimentario, avrebbe, senza alcuna dimanda, diritto agli interessi delle annualità decorse che non gli sarebbero pagate immediatamente. Questa teoria non è più esatta di quella insegnata dal medesimo autore (n. 3 e 4) cioè che ogni legatario puro e semplice produce per il legatario sin dalla morte del testatore la *proprietà* delle cose legate. Noi non intendiamo come Coin-Delisle si spieghi che il legatario divenga proprietario dal momento della morte allorchè l'obbietto del legato sia una somma di denaro, una cosa indeterminata, un genere, un fatto, ec. È molto evidente che il legato, in questi casi differenti, non produca che un dritto personale, un credito contro il debitore del legato.

dal farsi rilasciare la cosa legata, dargli il diritto di impadronirsene da sè stesso, e senza bisogno di farne avvertito alcuno quando egli vorrà ed immediatamente dopo la morte, vale a dire nè più nè meno che gli si conferisce dal momento della morte stessa il dritto più intero sulla cosa legata, cioè la proprietà ed il godimento; e poichè la legge permette positivamente al testatore di dare al suo legatario il godimento immediato dal dì della morte, non v' ha nè ragione, nè pretesto per negarglielo in questo caso, il quale alla fin fine rientra nel n. 1 del nostro articolo.

2. Quando alla morte del testatore il legatario si trovi già in possesso della cosa legata, è chiaro che non v'ha più necessità per lui di domandarne la consegna all'erede, o ad ogni altro debitore del legato. Certamente egli dovrà rendere legale la sua condizione in faccia a quest'ultimo, dimandandogli un atto, non già per autenticare (come negli altri casi), ma per surrogare il rilascio di fatto. Se non che avendo dal momento della morte e proprietà, e possesso della cosa insieme, sembraci evidente che appartenga a lui raccoglierne i frutti da questo stesso momento in poi. Così, per esempio, quando Pietro mi deve 10,000 fr. ed io gliene fo un legato, val quanto dire gli lego la liberazione del credito che ho contro di lui, è evidente che dal momento stesso della mia morte, egli non dovrà pagare più interessi per tale credito già estinto, e che non sarà necessario fare una dimanda di rilascio affinchè i frutti dei 10,000 fr. legati gli appartenessero. Il Duranton (IX-272) è di avviso contrario; ma la nostra dottrina è abbracciata dal più degli scrittori antichi e moderni, i quali insegnano che se il legatario non può *mettersi* da sè stesso nel possesso, non gli è proibito di mantenervisi, laddove l' abbia (1).

131. Noi ammettiamo dunque quattro casi in cui i frutti della cosa legata appartengono al legatario dal giorno della morte: 1° quando il testatore l'ha detto espressamente, 2° quando ha legato una pensione o una rendita vitalizia a titolo di alimenti; 3° quando ha dichiarato che dispensa il legatario dal dimandare il rilascio; 4° finalmente quando ha legato una cosa che si trova già posseduta di fatto dal legatario.

Non fa d' uopo ritornare qui a parlare della opinione, da noi abbastanza rigettata sotto l'art. 604 (529) cioè di quella che proclama appartenere del pari al legatario i frutti dal giorno stesso della morte, allorchè il legato sia di un usufrutto.

1016 (970). — Le spese dell'istanza per il rilascio saranno a carico dell' eredità, senza che però possa provenirne alcuna riduzione della riserva legale.

Le tasse di registro saranno dovute dal legatario.

Tutto ciò avrà luogo, se non è stato altrimenti ordinato col testamento.

Ogni legato potrà essere registrato separatamente, e tale registro non potrà giovare ad alcun altro fuorchè al legatario, od aventi-causa da esso.*

132. Le spese alle quali il rilascio può dare occasione, debbono andare a carico della successione debitrice dei legati, conforme quel principio di dritto comune, che le spese del pagamento sono a peso del debitore essendo un accessorio, ed una parte del suo debito (art. 1248 (1201)). Nondimeno sarà così ogni qual volta il valore delle spese del rilascio cumulato al capitale dei legati, non superi la quota di-

(1) V. Pothier (cap. 5, sez. 2); Furgole (*Test.*, cap. 10); Merlin (*Rep.*, v. *Legato*); Grenier (numero 301); Toullier (V-541); Delvincourt, Proudhon (*Usufr.*, n. 386); Dalloz (cap. 7); Poujol (articolo 1006, n. 5 (932)); Coin-Delisle (n. 27).

*—L'art. 970 Cod. p. 1 che mette a carico della eredità le spese per ottenere il rilascio del legato, non toglie ai giudici di merito la facoltà che loro concede l'art. 222 Cod. di P. C. di compensarle in tutto o in parte. Corte suprema di Palermo, 26 luglio 1856 (di Maria e Pottino).

sponibile, dacchè veramente non tutta la successione ma soltanto il disponibile è quello su cui si devono i legati, e la riserva non può giammai essere menomata. — I dritti di registro, cioè di mutazione delle proprietà sono sempre dovuti da colui che l'acquista. e quindi sono qui dovuti dal legatario. Nulla dimanco il disponente può a suo grado mutare l'una o l'altra regola, ordinando che le spese di rilascio saranno a carico del legatario, o per l'opposito che la successione (sempre nella sua parte disponibile) pagherà le spese di registro.

Del rimanente il nostro articolo per ciò che concerne le spese di mutazione, ha fatto agli antichi principi un cangiamento che richiedeva l'equità.

In altri tempi colui tra parecchi legatari che voleva registrato il legato, dovea fare eseguire e pagare il registro dell'intero testamento, salvo il suo regresso contro gli altri; ora egli può richiedere per il suo legato solamente un registro parziale, il quale certamente non avrà effetto se non per lui.

1017 (971). — Gli eredi del testatore, od altri debitori di un legato, saranno personalmente tenuti a soddisfarlo, ciascuno *pro rata* della porzione di cui partecipa nell'eredità.

Saranno tenuti per il tutto coll'azione ipotecaria, fino alla concorrenza del valore degl'immobili della eredità di cui saranno detentori.*

SOMMARIO

I. Tre azioni competono a' legatari per fare eseguire i loro legati: l'azione personale, la rivendicatoria, e la ipotecaria. Critica della teoria del Codice intorno a quest'ultima.

II. L'adempimento dei legati non è giammai dovuto ultra vires bonorum.

I. — **133.** Il legatario per ottenere lo adempimento del suo legato ha: 1° un'azione personale contro il debitore o i diversi debitori di esso, vale a dire contro i detentori a titolo universale della quota disponibile; 2° un'azione ipotecaria contro qualunque detentore di un immobile della successione, 3° finalmente, benchè il nostro articolo ne taccia, un'azione reale di rivendica allorchè il legato sia di un corpo certo e determinato, per modo che conferisca al legatario la proprietà, o uno smembramento di essa.

L'azione personale fondata sull'obbligazione alla quale si sottomettono i successori generali accettando sia la successione, sia il legato universale o a titolo universale, laddove parecchi sieno i debitori del legato, si divide in proporzione di ciò che prende ciascuno di essi, non già precisamente nella successione, come lo dice il nostro articolo, ma nella quota disponibile, essendo solamente su tale quota e non su tutta insieme la successione che i legati, a differenza dei debiti, debbono pagarsi (art. 1013, n. 1 (967)).

134 Intorno all'azione ipotecaria, il nostro articolo accordandola *per la totalità del legato* contro ciascun detentore d'un immobile ereditario, ha frainteso il dritto romano, e fatto una falsa applicazione della indivisibilità dell'ipoteca. Che un legatario abbia di pieno diritto ipoteca sopra tutti gl'immobili della successione per guarentigia del suo legato, sta bene; ma è chiaro che non doveva averla che nei limiti di quello che a lui deve ogni detentore. Sieno tre eredi, ciascuno per una terza, ed un legato di 12,000 fr., ciascuno dei tre eredi, accettando la successione diventa de-

* — L'ipoteca per i legati è dividua rispetto agli eredi, e non può esercitarsi contr' essi, che in proporzione delle rispettive quote ereditarie. C. S. di Napoli 29 aprile 1326.

— L'erede nella riserva non deve contribuire al pagamento de' legati. C. S. di Napoli 24 feb. 1853.

bitore di un terzo del legato, cioè di 4 mila fr.; ma se il legatario non è creditore di ciascun erede che per 4.000 fr., come dunque gli date ipoteca contro di quello per 12,000? Può darsi forse un' ipoteca più estesa del credito cui garentisce? Nè vi fate a paragonare il caso del legato con quello di un debito il quale dal defunto si sarebbe trasfuso negli eredi. Quando una persona contro di cui ho un credito di 12 mila fr. ipotecato sopra i suoi tre immobili, muore lasciando tre eredi ciascuno dei quali ne prende uno, gli è vero che ho ipoteca sopra tutti gli immobili per i miei 12,000 fr. benchè ogni erede del defunto non me ne debba personalmente che 4.000, ed eccone la ragione... Io ho avuto sin dal principio *unico* credito di 12,000 fr. dacchè non eravi che un debitore ed un solo debito. Quello che era il debito della persona già morta, è diventato dei suoi immobili mercè l'accordatami ipoteca su d'essi, ed allora ho avuto per debitori da un lato la persona, dall'altro gl'immobili; la persona mi doveva 12 mila fr. e gl'immobili dovevano pure gli stessi 12,000 fr. e da che il debito ipotecario è indivisibile, ciascuno dei tre immobili, e ogni parte di ciascuno di essi mi doveva i 12,000 fr. Dunque quando la persona ha cessato di vivere, il debito personale si è tripartito fra i suoi tre rappresentanti, i quali non continuavano a rappresentarla che ciascuno per una terza parte, rimanendo il debito intero contro i tre immobili, ognuno dei quali me ne deve sempre la totalità. Tutto ciò è la conseguenza dell'art. 2114 (2000) con cui si dichiara che « l'ipoteca è indivisibile; ch'essa sussiste *per intero* sopra *tutti* gl' immobili che vi sono obbligati, *sopra ciascuno* e sopra ogni parte di essi; e che l'ipoteca (con tale natura indivisibile e aderente sopra ciascuna parte della cosa) li segue in qualunque sia la persona che li possegga ».

Che cosa osservate di somigliante pel vostro legato? Il legato non era dovuto prima della morte del testatore; il credito del legatario non si è trasfuso dal testatore nei di costui tre eredi, perocchè il testatore nulla doveva. Il credito è cominciato nella persona di cotesti eredi, essendo nato non unico, ma triplo per modo che sin dall'origine vi sono stati tre crediti ciascuno di 4 mila fr. Dunque se il vostro legatario, rispetto a ciascun erede ha un credito di 4 mila fr. il quale tale è stato sempre sin dal suo nascere, come gli accorderete contro cotesto erede una ipoteca di 12,000 franchi? non vedete che per la parte, la quale è senza credito, l' ipoteca è un accessorio senza principale, un effetto senza causa, un' assurdità.! I nostri compilatori così han creduto seguire il dritto romano; ma se invece di appagarsi dell' idea vaga che Giustiniano avea creato un' ipoteca per i legatari, avessero letto la costituzione di questo imperatore, vi avrebbero aggiunto che la non si accordava contro ciascun debitore del legato che per la sua parte: *in tantum et hypothecaria (actione) unumquemque convenire volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit* (Cod. l. 6, t. 43, 1° infine). — Del rimanente il nostro articolo è formale, e sebbene poco logica sia la sua disposizione, dobbiamo certamente seguirla.

II. — 135. I due principî dianzi esposti, che l'erede non debbe i legati come una continuazione della persona del defunto, e ch' essi sono dovuti sul disponibile della successione, risolvono agevolmente la quistione ancora dibattuta, cioè se l'erede puro e semplice sia tenuto di soddisfare i legati *ultra vires bonorum*... La negativa ci pare evidente.

Prendendosi i legati sul disponibile, ed i successori generali dovendoli nei limiti di questo disponibile che possiedono (articoli 1009, 1013 (935, 967)) come volete che l'erede vi sia tenuto ancora dopo che la intera successione è esaurita?... Qui la qualità di erede puro e semplice è di nessuna rilevanza, e chi n' è investito per la soddisfazione dei legati è nella medesima condizione dello erede beneficiato e dei legatari universali o a titolo universale. La distinzione tra l'erede puro e semplice e gli altri successori generali esiste pei debiti; l'erede puro e semplice

rappresentando la persona del defunto è tenuto a tutto ciò, cui quegli era tenuto; e se il defunto doveva pagare **100,000 fr.**, egli li pagherà ugualmente senza aver riguardo al valore dei beni che abbia potuto raccogliere; per l'opposito, dacchè l'erede beneficiato e gli altri successori generali non ne rappresentano la persona, non sono obbligati personalmente, ma lo sono pei beni loro devoluti, e che costituiscono il pegno dei creditori del defunto, per modo che essi nulla più debbono provando di non possedere più alcun valore ereditario. Da qui l'importanza di sapere, allorchè trattasi di pagamento di debiti, se il successore sia o non un erede puro e semplice. — Ma quando è quistione di legati, di cose che non si è tenuto a soddisfare come rappresentanti la persona del defunto, dacchè questi non le doveva, che rileva allora se il successore rappresenti o pur no la persona defunta? Del pari notiamo che l'accettazione beneficiaria (la quale cancella il titolo di erede puro e semplice) è immaginata per garentire l'erede, non già contro il pagamento dei legati, ma unicamente contro il pagamento dei debiti; « essa, dice l'art. **802 (719)**, dà all'erede il vantaggio di non essere tenuto del pagamento dei *debiti* che sino alla concorrenza dei beni». Ora dacchè qui lo erede puro e semplice è nella medesima condizione degli altri successori generali, e dacchè si conviene certamente che costoro non sono tenuti ai legati *ultra vires*, il primo non vi sarà nemmeno obbligato. Come dunque potrebbe essere altrimenti? è lecito forse esser liberale delle cose altrui? poteva forse la legge permettervi di disporre delle sostanze dei vostri eredi, essa che neppure vi fa lecito disporre per intero di quello che vi appartiene?

136. Le obbiezioni che si sono fatte a questa dottrina non sono gran fatto speciose. E dapprima si argomenta dai differenti testi (art. **724 (645)** ed altri), i quali dichiarano che l'erede è tenuto *di* soddisfare i debiti ed i *pesi* della successione, e pretendesi che la parola *pesi* aggiunta alla parola *debiti*, si applichi necessariamente ai legati. Se non che nissun articolo dice che lo erede puro e semplice pagherà i debiti o i *pesi ultra vires*; ed il solo art. **802 (719)** che indica per argomento *a contrario* il pagamento *ultra vires bonorum* ne parla solo per i debiti. D'altronde la parola *pesi*, anche allorchè segue la parola *debiti* non pare usata in un senso ben determinato e differente dall'altro. Così, quando l'art. **1009 (935)** dichiara il legatario universale, il quale concorra con un erede riservatario, obbligato a pagare *i debiti e pesi* per la sua parte, è chiaro che non intende parlare de' legati, perocchè è la parte susseguente dell' articolo che lo dichiara tenuto soddisfare questi legati solo; medesimamente allorchè l'art. **1012 (966)** dichiara il legatario a titolo universale tenuto ai *debiti e pesi*, non comprende neppure i legati, dacchè si provvede a questi mercè l'art. **1013 (964)** che segue. Così dunque le espressioni *debiti e pesi* si trovano scritte per ridondanza ad indicare i debiti di ogni specie. Si vuol trar pro ancora dall' art. **783 (700)** dicendosi che se lo scovrirsi di legati, i quali privassero l'erede di più della metà dei beni, gli permette di farsi restituire contro la sua accettazione, gli è certamente perchè egli sarebbe obbligato sempre, ed assolutamente di soddisfarli ancora quando i beni ereditari non gli fossero bastevoli per adempirvi.

Se non che basta rimandare alla spiegazione da noi data di questo art. **783 (700)** per convincersi che tale supposizione non sia affatto necessaria.

1018 (972). — La cosa legata sarà rilasciata con gli accessori necessari, e nello stato in cui essa si troverà nel giorno della morte del donante.

137. In questo trattasi di legati di corpi certi e determinati.

Quando si dà una cosa, s'intende comprendere nella liberalità tutto quello, senza

di cui la cosa donata non servirebbe alla sua destinazione. Così quando mi si è legata una spada, l' erede (o altri che sia debitore del legato) mi deve rilasciare ben anco il fodero, il quale è necessario per portarla; il legato di un quadro comprende la sua cornice. quello di un pendolo abbraccia lo zoccolo ed il globo. Allorchè mi si è legato un ettare di terra che giaccia fra mezzo la terra del testatore e che non confini con la via pubblica, l'erede mi dovrà il passaggio a traverso di questo terreno per riuscire alla strada non già in virtù dell' art. 682 (603) ed a titolo di servitù legalej, ma a titolo di legato qual cosa accessoria compresa nella liberalità del defunto, e però senza indennità.

La cosa legata, dice l' articolo , è dovuta al legatario nello stato in cui si trova nel giorno della morte del testatore. Se non che tale proposizione non è qui espressa in un senso assoluto , e per fare allusione ai cangiamenti posteriori alla morte, del pari che a quelli che sarebbero anteriori ; trattandosi solo di questi ultimi. Così quali che sieno i cambiamenti anteriori alla morte, e l'oggetto del legato si sia danneggiato, o migliorato nello intervallo dal giorno in cui si fece il testamento a quello della morte , andrà tutto in vantaggio, o ai danni del legatario, essendosi dovuta la cosa nello stato in cui sarà al tempo della morte. Ma ciò non va applicato pei cambiamenti sopravvenuti fra la morte e il rilascio. Così la cosa per caso fortuito, e senza alcun fatto dell' erede sia gravemente danneggiata dopo la morte perdendo metà di valore , il legatario non potrà certamente pretendere che gli fosse rilasciato nello stato in cui era al tempo della morte, o che gli fosse dato un ristoro; avvegnacchè l'art. 1245 (1198) dichiari, che il debitore di un corpo certo vien liberato, rilasciando la cosa nello stato in cui si trovi al tempo del rilascio, purchè i deterioramenti non vengano per proprio fatto , e l' art. 1042 , 2° § (997) dice secondo il medesimo principio essere caduco il legato se la cosa perisse, dopo morto il testatore, senza il fatto dello erede. D'altra mano, è manifesto appartenere egualmente al legatario gli accrescimenti e le migliorie che avrebbe potuto ricevere la cosa dopo la morte, per cause fortuite. Dal giorno della morte il proprietario ha la proprietà della cosa, quindi per lui si migliora, svilisce , o si perde. — Tutto ciò val lo stesso, che il legatario dovrà prender la cosa nello stato in cui è nel ***giorno del rilascio***, purchè tale stato non provenga da un fatto dell'erede posteriore alla morte (vedi la spiegazione dell'art. **1042** (997).

1019 (973). —Quando colui che ha legato la proprietà di un immobile , l' avesse accresciuta con acquisti posteriori, questi, ancorchè contigui, non si riterrà che facciano parte del legato, senza una nuova disposizione.

Si riterrà il contrario riguardo agli abbellimenti, od alle nuove fabbriche fatte sul fondo legato, o ad un recinto di cui il testatore avesse ampliato il circuito.

SOMMARIO

I. Questo articolo è una applicazione del precedente. Esso ci spiega in quali casi gli aumenti recati ad un immobile faranno una cosa con esso , e faranno un mutamento di stato; in quali altri formeranno uno immobile distinto.

II. Che cosa bisogna intendersi per costruzioni novelle *nel secondo paragrafo.*

I. — 138. Abbiamo veduto con l'articolo precedente, che la cosa legata deve rilasciarsi al legatario nello stato in cui si trovi alla morte del testatore; e quindi il legatario si avvantaggia dei miglioramenti o aumenti che ella abbia ricevuto nello intervallo, da quando si è fatto il testamento alla morte del testatore. Onde gli abbel-

1020 (974 M).—Se prima o dopo del testamento la cosa legata si è ipotecata per un debito dell' eredità, od anche per il debito di un terzo, o se è stata gravata di un usufrutto, quegli che deve soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera quando non ne sia stato incaricato dal testatore con un'espressa disposizione.*

140. Questo articolo come il precedente, segue ad applicare il principio stanziato dallo articolo 1018 (972), cioè che la cosa legata appartiene al legatario nello stato in cui si trovi alla morte del testatore, e non già in quello in cui era, quando facevasi il testamento. Così, quando sopra l' immobile legato sia imposta un' ipoteca o un usufrutto, il nostro articolo, senza distinguere come faceva il dritto romano e il nostro dritto antico, se il peso fosse precedente o posteriore alla formazione del testamento, se l'ipoteca garentisse un debito ereditario o quello di un terzo, decide assolutamente che il legatario di un immobile, su cui alla morte gravi la ipoteca o l' usufrutto, obbligato di prendere la cosa nello stato in cui allora si trovi, non possa pretendere che dallo erede si cancelli la ipoteca o si ricompri l' usufrutto.—Se non che il testatore potrebbe imporre tale obbligo al suo erede con una particolare disposizione.

D'altronde dal non essere tenuto l' erede a pagare il debito ipotecario innanzi di rilasciare l'immobile, non deesi inferire che sia obbligato a pagarlo il legatario. L' art. 871 (792) ci disse e l' art. 1024 (979) ripeterà che il legatario particolare non è mai obbligato ai debiti; e se ne pagasse alcuno per effetto dell' ipoteca, avrebbe azione contro l' erede o gli altri successori generali, art. 874 (T). Onde secondo il nostro articolo il legatario è obbligato a lasciar sussistere la ipoteca fino al tempo del pagamento del debito; restando sempre tenuto l' erede a pagarne il capitale o gli interessi.

1021 (975).—Quando il testatore avrà legato una cosa altrui, il legato sarà nullo, abbia o no il testatore saputo che essa non gli apparteneva.

SOMMARIO

I. Il legato della cosa altrui, valido prima del Codice civile, è dichiarato nullo dal nostro articolo —Conseguenze di questo nuovo principio.

II. Quid se il proprietario di una cosa comune abbia legato tutto a parte di essa?

III. Censura delle dottrine di Coin-Delisle e di Duranton intorno a ciò.

I.—141. Nel dritto romano, seguito in ciò dalla nostra antica giurisprudenza, era

legare che il suolo nudo, senza le costruzioni che egli divisava nell'atto della sua ultima disposizione; consulterannosi le clausole del testamento, ma nel dubbio si starà alle regole dell' accessione ed al testo del nostro articolo corroborato dall' articolo 552 (447) C. Nap.

* Il corrispondente articolo delle II. cc. è così concepito:

Se prima o dopo del testamento la cosa legata sia stata ipotecata per un debito della eredità, o anche per debito di un terzo; e sia stata gravata di un usufrutto, quegli che dee soddisfare il legato, non è tenuto a renderla libera se non quando ne sia stato incaricato dal testatore con una espressa disposizione.

Ma se per effetto dell' azione ipotecaria il legatario sarà obbligato a pagare il debito di cui era gravato il fondo legato, egli subentrerà nelle ragioni del creditore contra gli eredi o successori a titolo universale. Lo stesso avrà luogo parimente a favore del legatario particolare in usufrutto, il quale, se vien forzato a pagare i debiti per cui il fondo è ipotecato, avrà lo stesso regresso contra l'erede proprietario del fondo, nel modo spiegato nell' articolo 537 (462).

Corre una grande analogia tra legati di certa cosa e le donazioni di beni presenti; e tranne la sola forma dell'atto con cui vanno messe ad esecuzione coteste maniere di disposizioni, non può mettersi in dubbio che l'analogia istessa sia perfettamente quanto alla causale, ed all'effetto delle medesime.

Quindi ciò che è prescritto pe' legatari in proposito del subingresso, è a dirsi adattabile anche a' donatari, per lo vieto principio desunto dalla sapienza romana, *ubi est eadem juris ratio, ibi idem statuatur oportet*. C. S. di Nap. 12 gen. 1852.

valido il legato che facesse un testatore della cosa altrui, conoscendo che la cosa non gli appartenesse, ed era nullo allorquando l' avesse stimata sua. Bisognava inoltre che il proprietario della cosa non fosse erede del testatore, perchè altrimenti il legato era valido quando pure il legatario l' avesse come cosa sua legata. Se non che quel legato che il testatore con iscienza facesse di una cosa appartenente ad un terzo, non ne trasferiva al legatario la proprietà, dandogli solo un'azione personale affin di costringere l'erede ad acquistare la cosa, e rilasciargliela, ovvero pagargliene il valore se il proprietario non consentisse a venderla.

Il nostro Codice avendo voluto toglier di mezzo questa regola, dichiara in modo assoluto che sarà sempre nullo il legato della cosa altrui. Ma questo mutamento non ha risultamenti tanto ampi come potrebbe credersi al primo vedere.—E primieramente, quando lego 10.000 franchi o due cavalli, il legato sarà di certo valido, sebbene nella mia credità non vi fossero cavalli nè denaro; il nostro Codice, come l'antico dritto romano, parlando di cose altrui non intende quelle che sono nel commercio generale, ma solo i corpi certi e determinati.—Or se il testatore legando il tal cavallo o la tal casa, che sa non appartenergli, ha voluto spiegare così il suo pensiero: « Io voglio che il mio erede acquisti questo oggetto e lo dia a Pietro, ovvero se non possa acquistarlo gliene paghi il valore » il legato sarà per fermo valido. Lo sarebbe similmente quand'anche il testatore incaricando l'erede di acquistar la cosa, non gl'imponesse l'obbligo sussidiario di pagarne il valore se non l'ottenga; allora è vero non potrebbe eseguirsi il legato se il proprietario si ricusi a vendere, ma se questi consenta, il legato avrà il suo effetto.—Vi ha infine il caso in cui il testatore avesse legato direttamente la cosa altrui; e dove prima del Codice il legato era valido, 1° se il testatore sapesse di non appartenergli la cosa; 2° se la cosa fosse del suo erede, quando pure la stimasse sua, sotto il Codice al contrario sarà sempre nullo un siffatto legato, non essendosi fatta distinzione dal nostro articolo.

Così si restringono a tre i casi nei quali il novello principio del Codice mutando l' antico dritto rende nullo il legato, un tempo valido: 1° quando il testatore leghi direttamente una cosa che non appartenga nè a lui nè al suo erede, e che sappia non esser sua, 2° quando leghi direttamente la cosa del suo erede, la creda o pur no sua; 3° quando in vece di legar direttamente la cosa di un terzo, egli incarichi solo il suo erede di acquistarla, e rilasciarla al legatario, ma che il proprietario non vuol vendere. Allorquando il testatore avesse legato direttamente la cosa di un terzo ritenendola per sua, il legato,come abbiam già detto,sarebbe oggi come altra volta nullo per modo che non vi è in ciò alcun mutamento.

II.—142. Qual sarebbe secondo la novella regola del Codice l' effetto del legato con cui il testatore disponesse di una cosa che ha comune con altri? Così Tizio comproprietario in metà con Sempronio suo fratello di un podere proveniente dalla eredità di uno zio, non per anco divisa, lega quel podere: quai dritti avrà il legatario? È mestieri prima indagare secondo le espressioni del testamento qual fosse la mente di Tizio, o se abbia inteso legare: 1° o il *podere*, o il terzo, la metà, i tre quarti, o qualunque altra frazione *divisa* del podere; 2° ovvero soltanto la parte comune che aveva al *presente* in quel podere.

1° Supponiamo prima che il testatore abbia legato o l'intero *podere*, o una frazione *divisa* di esso.

Essendosi voluto legare l'intero podere, non può immediatamente determinarsi il valore del legato, dipendendo gli effetti da uno avvenimento che dovrà stabilire retroattivamente qual ne fosse la estensione; diversissimi saranno i risultamenti, secondo che la cosa sarà divisa fra i comproprietarî o loro eredi, o alienata in vantaggio di un terzo.—Se il podere esce dalla comunione per una alienazione fatta

in vantaggio di uno estraneo, ciascuno dei due fratelli sarà stato sempre dalla apertura della eredità, dello zio fino alla alienazione del podere, proprietario (in comune; ma che monta) della metà di esso; per modo che il legato fatto da Tizio è valido per la metà che gli apparteneva. Se non che, se l'alienazione avvenne innanzi che Tizio morisse, il legato dapprima valido non produrrà alcun effetto essendo stato rivocato (art. 1038 (993)). Se poi l'alienazione sia stata fatta dopo la morte del testatore, è rimasto valido il legato, e il legatario divenuto per la morte del testatore proprietario della metà comune che a costui apparteneva, ha dritto dopo l'alienazione alla metà del prezzo.

Bisogna diversamente decidere quando la comunione cessi per una divisione, o altro atto equivalente, che attribuisca la cosa ad uno o a più comproprietarî. Si sà che da noi, diversamente dal dritto romano, la divisione è semplicemente dichiarativa della proprietà, a segno che ciascuno dei comproprietarî dopo la divisione o l'atto che ne fa le veci, si reputa legalmente avere avuto *ab initio* nella cosa dianzi comune, nè più nè meno quello che la divisione gli assegna (art. 883 (803), n. I e II). Pertanto se nella divisione sorte l'intiero podere nella porzione di Sempronio, il testatore non essendo stato mai proprietario di alcuna parte, avrà legato la cosa altrui, e il legato sarà pienamente nullo; se la metà del podere entri nella porzione di Tizio o dei suoi rappresentanti, il legato sarà valido per metà; se in fine l'intero podere fa parte della porzione del testatore, il legato sarà valido per lo intero.

Se Tizio anzichè legare l'intero immobile, ne avesse legato il terzo, il quarto, o qualunque altra frazione, il legato sarebbe sempre nullo o valido secondo le riferite distinzioni, potendo sempre valere per la frazione legata, quando pure il podere sortisse per intero nella porzione del testatore o del suo erede.

2° Quando il testatore ha legato non il podere, nè alcuna frazione divisa di esso, ma la parte comune (la metà nel nostro caso) che gli appartiene di presente in esso, i risultamenti non saranno sempre quelli da noi indicati.—Se la comunione ha cessato in vita del testatore, e questi morendo lasci nel suo patrimonio la metà o più della cosa, il legatario prenderà pure la metà non ancora divisa che gli è stata legata, e che è sortita nella porzione del testatore. Se questi non ha più la metà alla sua morte, sarà nullo il legato, o per l'intero se la divisione nulla gliene abbia dato o in parte se egli abbia avuto meno della metà; sarebbe similmente nullo se il testatore raccolto tutto o parte del podere, avesse alienato ciò che gli fosse venuto, o venduto la sua parte ancora in comunione (art. 1038 (992)): per modo che in questi varî casi il risultamento sarebbe sempre il medesimo, che nella riferita ipotesi.—Ma se muore il testatore avendo sempre in comune la metà della cosa, non avrebbe più luogo il risultamento più sopra indicato per tale ipotesi. Abbiamo veduto che in tal caso, se il testatore avesse legato il podere, o la tal parte (divisa di esso), gli effetti del legato sarebbero determinati dalla seguita divisione. Qui, al contrario, essendosi appunto legata la metà comune che lascia il defunto, apparterrà al legatario, come apparteneva al testatore, e quello quindi otterrà o la metà divisa della cosa, se il podere sia diviso, ovvero, il prezzo della metà se il podere sia attribuito per intero ad un altro.

III.—143. Del resto non tutti son concordi nelle soluzioni da noi qui date. Così Duranton (IX-248) e Coin-Delisle (n. 12) insegnano che se la cosa, quando pure fosse stata legata *per intero*, sia ancora indivisa alla morte del testatore, il legatario anzichè esporsi allora alle vicende della divisione, è immediatamente proprietario della porzione indivisa, quale l'aveva il testatore; talmente che avrà invariabilmente o la porzione stessa, se nella divisione la cosa rientra nella porzione degli eredi del testatore, ovvero il prezzo in caso contrario, senza poter mai nè conse-

guire la totalità, nè vedersi ridotto a nulla. Ciò importa decidere, anche per il caso in cui si sia legato lo intero podere, come noi decidiamo per quello in cui il testatore abbia solo legato la sua parte comune nel podere.

Coin-Delisle si fonda sulla regola dell'art. 1018 (972), cioè, che la cosa legata appartiene al legatario nello stato in cui si trova alla morte del testatore. Ma innanzi di indagare in quale stato il legatario debba prendere la cosa legata, è mestieri conoscere se la cosa abbia potuto esser legata. Or nel caso nostro la cosa legata non è *la parte indivisa* nel podere, ma il *podere*; innanzi di conoscere in quale stato il legatario lo prenderà, è mestieri conoscere se egli abbia dritto a prenderlo, se il legato sia valido; ma il legato è nullo secondo il nostro art. 1021 (975) se il testatore non fosse proprietario del podere quando faceva il legato. Era il testatore proprietario del podere? È questa la prima quistione a risolvere; or dichiara l'articolo 883 (803) che dallo evento della divisione si conoscerà se il testatore fosse o pur nò proprietario. Coin-Delisle a parer nostro non ha scorto nemmeno la difficoltà.

143 *bis*. Duranton almeno accenna la quistione, dicendo che il principio dell'art. 883 (803) non è applicabile alla nostra materia, ma avrebbe dovuto (ciò che non fa) stabilire questa proposizione.

Il dotto professore dice, che la regola dell'art. 883 (803) è solo obbligatoria pei comproprietari fra loro, e se qualunque altro che uno di loro, acquistasse la cosa indivisa, non si ripeterebbe averla avuta *ab initio* dal giorno della apertura della successione (*loc. cit.*, tom VII, 520). Ciò è verissimo, ma non sappiamo in che contraddica alla nostra teoria. Noi diciamo che se Tizio, o gli eredi di lui *che è uno dei comproprietari*, riceve l'intero podere nella divisione, egli ne sarà stato solo proprietario *ab initio* secondo l'art. 883 (803) e quindi sarà valido il legato fattone; se poi al contrario il podere cade in sorte nella porzione di Sempronio *che è l'altro proprietario*, Tizio non sarà mai stato proprietario del podere, e quindi avrà legato la cosa altrui. Però noi non applichiamo il principio dell'art. 883 (803) che fra i comproprietari; ed abbiam cominciato dal dire che se la cosa legata (anzichè restare per effetto o di una divisione o di un atto equivalente ad uno o più dei comproprietari) passasse ad uno estraneo, non potrebbe più applicarsi l'artic. 883 (803).—Duranton insiste che nel dritto romano il legato fatto dal proprietario in comunione valesse solo per la parte che aveva il testatore nel giorno in cui facea il testamento, sebbene avesse detto; « io lego il *mio fondo* » e poi lo intero fondo gli fosse sortito. Ma dimentica Duranton che in Roma la divisione era traslativa di proprietà, e non già dichiarativa come da noi secondo l'art. 883 (803); se la divisione fosse da noi pur traslativa di proprietà, il testatore proprietario in metà, e a cui la divisione *avrebbe trasferito* e fatto *acquistare* l'altra metà, non legherebbe nemmeno quest'altra metà senza una nuova disposizione, avvegnacchè ciò positivamente sia dichiarato dall'art. 1019 (973). Ma siccome la divisione oggidì è semplicemente enunciativa, e il comproprietario che ottiene tutta la cosa è stato *ab initio* solo ed unico proprietario dell'intero, così egli ha potuto legarla validamente tutta viceversa, anche il suo legato è nullo per il tutto, se la divisione non gli attribuisce alcuna parte della cosa, ed egli quindi legalmente parlando, non è stato mai proprietario.

Del resto, si scorge da ciò che è stato detto, quanto sia importante che un testatore in simili circostanze manifesti chiaramente la sua volontà, dandole il necessario svolgimento.

— (976).*

* Nelle nostre leggi civili è stato aggiunto lo art. 976 così concepito:

1022 (977).—Quando il legato sarà di una cosa indeterminata, l'erede non sarà obbligato a darla della migliore qualità, ma neppure potrà darla della qualità peggiore.

144. Questo articolo presenta implicitamente una prima regola che si allontana dai principî romani, cioè; che quando il testatore abbia legato una cosa determinata solo nella sua specie, e non già nella sua individualità, come un cavallo, una botte di vino, una casa, ecc., spetta all'erede scegliere la cosa da rilasciare al legatario, tranne che il testatore non abbia espressamente voluto che la scelta stesse nel legatario. In Roma la cosa andava diversamente: *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatari est, nisi aliud testator dixerit* (*Instit. Just.*, 1, 2, t. 20, 53, 22).

Il nostro articolo accordando la scelta all'erede la restringe con dichiarare che egli non sarà tenuto a dar la cosa di miglior qualità, e nemmanco potrà offrirla della peggiore; dovendo rilasciarla di qualità mezzana, tranne che il testatore non abbia espressamente permesso allo erede una scelta assoluta, con potere anche darla di pessima qualità.

Se il testatore, viceversa, derogando al nostro articolo in favore del legatario, accordi a questi la scelta che per dritto comune appartiene all'erede, il legatario potrà pretendere una cosa della più bella qualità.

1023 (978). — Il legato fatto ad un creditore, non si riterrà come fatto in compenso del suo credito, nè il legato fatto ad un domestico, in compenso de' suoi salari.*

145. Essendo il legato una liberalità, non dee di leggieri credersi che il debitore legando una somma al suo creditore, abbia voluto conferirgli un nuovo titolo onde ottenere quello che gli era dovuto; il legato non si terrà fatto in compenso del credito. Così se io son debitore a Pietro di 1,000 fr. e gliene lego altrettanti, ovvero 500, ovvero 1,500, egli raccoglierà il legato rimanendo sempre creditore dei 1,000 fr. che io precedentemente a lui doveva. Questa prima parte dell' articolo comprende la seconda, in cui è una applicazione della regola, e che doveva togliersi come inutile; essendo chiaro che un domestico sia creditore dei salari che gli son dovuti.

Ma se il legato a un creditore non è *riputato* fatto in compenso, può bene esserlo; se il compenso non dee *presumersi*, può essere provato dai termini del testamento. Così il legato è semplicemente in compenso, quando il testatore abbia detto: « Io lego a Pietro i 1,000 fr. da me dovutigli ». Essendovi controversia sull' intendimento dei termini usati, qui, come sempre, starebbe nei tribunali interpetrar l' atto, e giudicare in fatto se il testatore abbia o pur nò voluto fare un compenso.

1024 (979).—Il legatario a titolo particolare non sarà tenuto per i debiti dell'eredità, eccettuati i casi della riduzione del legato, come è stato sopra disposto, ed eccettuata l' azione ipotecaria dei creditori.

146. Sappiamo già che il legatario particolare non è mai tenuto ai debiti ere-

« Quando il testatore abbia accordato la scelta sia all'erede, sia al legatario, questo diritto si tramanda all'erede. Fatta la scelta, non vi sarà luogo a pentimento ».

*—Il legato di liberazione non si estende a'debiti posteriori al testamento, nè alla garentia data a pro del debitore. C. S. di Napoli 7 febb. 1832.

—Un vitalizio per pagamento di servizi resi ed assistenze prestate, non può dirsi rivocato da un legato parimente rimuneratorio scritto in un testamento posteriore. C. S. di Nap. 7 mar. 1850.

ditari; e se è costretto a pagare un debito ipotecario perchè detiene l' immobile ipotecato, ha l' azione contro gli eredi o altri successori generali (art. 871 874 (TT)). Ma sappiamo altresì, che se la somma dei legati sorpassa la porzione disponibile, debbono tutti venir proporzionatamente ridotti (art. 926 (843)): ciò non si riferisce affatto al pagamento dei debiti, nè chiaramente si scorge perchè il legislatore abbia qui ricorduto il principio della riduzione. Forse ciò fece mirando alla idea che l' aumento dei debiti scemando le entrate scemi quindi il disponibile, e può così generare la riduzione dei legati, i quali senza i debiti avrebbero avuto il loro effetto pieno. Che che ne sia, molti debiti possono evidentemente far diminuire od anche annullare i legati nel caso stesso in cui tutta l' entrata sia disponibile, nè vi sia riserva. In fatti se due o tre legati ascendano a 40,000 fr. e l' entrata eccedu l' uscita di 20,000 fr. ogni legato dovrà ridursi di metà; se le uscite pareggino o sorpassino l' entrata, tutti i legati sarebbero certamente nulli, come quelli fatti da chi nulla possedesse; aver più debiti che beni, vale non aver beni dacchè non *sunt bona nisi aere alieno deducto.*

D' altronde, quando si dice il legatario particolare non essere tenuto ai debiti, si intende dell'obbligo di contribuire in proporzione del valore del suo legato alla massa dei debiti ipotecari, ma non già dell'obbligo di soddisfare i debiti che fossero specialmente posti a suo carico, o per volere espresso del testatore, o per l' indole stessa della disposizione. — Così legando a Pietro il mio podere di Normandia col carico di pagare allo affittaiuolo che l'occupa i 3,000 fr. che gli devo, Pietro dovrà pagare il debito.—Così pure se ho legato a Paolo la eredità raccolta per la morte di mio zio, è certo che egli prendendo tutti i beni della eredità dovrà pagarne pure i debiti; avvegnacchè la eredità si componga di tutti insieme i beni e i debiti, e sia la entrata meno della uscita; or l'oggetto del legato appunto sono i beni e i debiti insieme: se dunque vi fossero 40,000 fr. di beni, e 10,000 di debiti, il legato di Paolo non è al postutto che di 30,000. Sarebbe altrimenti se avessi legato non già la *successione* di mio zio, ma i *beni* pervenutimi da lui, il legatario allora prenderebbe i beni e non pagherebbe alcun debito.

SEZIONE VII (X).

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARI.

1025 (980). — Il testatore potrà nominare uno o più esecutori testamentari.

147. L' esecutore testamentario è un mandatario deputato dal testatore per vegliare dopo la sua morte alla esecuzione del legato. Egli è vero che l' art. 2003 (1875) dichiara che il mandato cessa per la morte del mandante, mentre qui per lo appunto dalla morte del mandante comincia; ma ciò si spiega con l' idea che il mandato di esecutore testamentario essendo il solo che possa darsi per dopo la morte, e non essendosi chiamato dal Codice *mandato*, l' articolo 2003 (1875) nel darne la definizione ha potuto non tener ragione di un mandato affatto speciale. Ma non è men certo che l' esecutore testamentario sia il mandatario del testatore e non quello degli eredi o legatari come a torto ha detto Vazeille (n. 3). In fatti i poteri di cui è rivestito gli son conferiti dal testatore; in nome di lui egli agisce, e lo rappresenta in tutto che riguarda la esecuzione dei legati.

L' esecutore testamentario non può venir nominato se non per testamento, il che ben si scorge dal luogo occupato dal Codice nella nostra sezione. E in vero, il conferimento dei dritti dello esecutore pregiudica i dritti dello erede *ab intestato*,

perchè gli toglie sopra un punto il dritto di rappresentare il defunto; or qualunque modificazione ai dritti di una successione legittima, non può farsi che per testamento.

Il testatore, come si scorge dal nostro articolo, può nominare più esecutori testamentari ovvero un solo; e dove più ne scelga, può conferire ad ognuno incarichi speciali e distinti. o dare a tutti i medesimi dritti (art. 1033 (988)). — Il testatore alfine di impegnare l'esecutore ad accettare lo incarico, può fargli un legato con la condizione che accetti; il qual legato che per uso si è chiamato *diamante*, sarà caduco se l'ufficio non sia accettato.

1026 (981). — Potrà loro accordare lo immediato possesso di tutto o di parte soltanto dei suoi beni mobili, ma un tal possesso non potrà oltrepassare un anno ed un giorno, da computarsi da quello della sua morte.

Quando non l'abbia loro accordato, non lo potranno pretendere.

SOMMARIO

I. Il possesso legale di cui è discorso non conferisce all'esecutore che la detenzione dei mobili, ma non gli dà alcun dritto di possesso.

II. Il possesso legale può esser dato solo pei mobili, e per un anno e un giorno: dissenso con Delvincourt, Duranton e Vazeille.

I. — 148. Il testatore onde garentire la esecuzione dei legati di cose mobili è facoltato a porre tutti i suoi mobili per un anno sotto la custodia degli esecutori testamentari. Questo provvedimento non era necessario pei legati degli immobili, di cui non è da temersi la sottrazione.

Il nostro antico dritto consuetudinario, d'onde il Codice ha attinto le regole della nostra sezione (non essendo noti nel dritto romano gli esecutori testamentari) aveva prescritto la investitura di cui si parla nel nostro articolo, come una materiale detenzione, una semplice custodia dei mobili, per cui l'esecutore fosse non possessore, ma semplice sequestratario dei mobili. È chiaro, e tale è pur la dottrina degli scrittori, che il Codice nel riprodurre le espressioni delle consuetudini abbia voluto adottarne il pensiero. L'esecutore testamentario adunque avrà una investitura di fatto, che non scema quella di dritto dell'erede, o del legatario universale (art. 724 e 1006 (645, 932)); e costui sarà sempre possessore civile, come lo è il proprietario di cui il fondo sia occupato da un fittaiuolo o da un usufruttuario.

II. — 149. È controverso se il testatore possa dare al suo esecutore la investitura di beni che non fossero mobili, e conferirgliela per oltre un anno e un giorno. Dalloz risponde del no (cap. VIII, sez. 3); ma Delvincourt, Duranton (IX-400) e Vazeille (n. 2), insegnano che sì. — Noi opiniamo fermamente essere in errore quest'ultimi.

Mettere sotto il possesso legale di un terzo, beni che appartengono all'erede, porli sotto sequestro togliendone il possesso al loro proprietario, è certo un provvedimento rigoroso, e che può solo usarsi quando la legge lo permette. Senza fallo il testatore avrebbe potuto legare all'esecutore o a qualunque altro i suoi immobili, anche in piena proprietà (supponendo che sieno beni disponibili senza di che non vi sarebbe pur quistione); ma sarebbe questa una disposizione normale, regolare, che avrebbe sostituito alla successione legittima quella del testamento, e sarebbe la pura e semplice applicazione degli articoli 893, 895, 915, ecc. (813, 815, 831, ecc.). Ma quando il testatore potendolo non ha usato di questi articoli, quando ha lasciato i beni nella successione legittima, trasmettendone la proprietà al suo erede, non può contro quest'ultimo usare il provvedimento eccezionale di cui tratta il no-

stro articolo, se non quando gli vien permesso dalla legge, cioè nei limiti dello stesso articolo; ora il nostro testo consente di conferire la investitura all' esecutore solo pei mobili, e per un anno e un giorno. Indarno insistono Delvincourt e Duranton, rispetto alla durata, che la regola ultima dell' articolo debba applicarsi nel caso in cui il testatore non abbia manifestato intorno a ciò la sua volontà. Ma non può intendersi in questo modo, rannodandosi alla precedente frase che costituisce il dritto del testatore : « *egli potrà* accordare il possesso; *ma questo non potrà* durare più di un anno , ed un giorno ». Se pure restasse qualche dubbio, una occhiata sui lavori preparatori del Codice basterebbe a dileguarlo; il nostro articolo infatti era stato compilato dapprima in modo che tuttocchè presentasse il medesimo senso che oggi, era pure diverso : « egli potrà dar loro, così diceva, per un anno ed un giorno il possesso di tutto o solo... » (Fenet, XII, p. 386). Il Tribunato quando ebbe comunicato questo articolo ne adottò pienamente il concetto , e volle esprimerlo con maggiore energia: « *Bisogna*, egli disse, manifestaro che il possesso in nissun caso possa durare per più di un anno ed un giorno. » Propose che fosse così compilato ; « Potrà accordargli il possesso di tutto o solamente... *ma il possesso non potrà durare oltre un anno* ed un giorno... » (Fenet , pagina 462 , art. 137) e così fu adottato. Non è abbastanza chiaro? — Duranton ha voluto rispondere che le parole del Tribunato *in nissun caso* non sono state inserite nell'articolo, ma in vero l' obbiezione non è felice, perchè il Tribunato non avea chiesto che vi fossero inserite.

150. Del resto ammettiamo con Duranton e gli altri scrittori , che se il testamento non fosse noto immediatamente dopo la morte, o se il possesso dell' esecutore fosse ritardato da impedimenti, litigi, difficoltà che metterebbe innanzi l' erede, il possesso dovrebbe cessare dopo l'anno e il giorno da computarsi dal punto in cui avrebbe potuto incominciare , e non già dalla morte. Quel che è necessario ed è voluto dalla legge, e fu richiesto dal Tribunato si è, che il possesso *non duri mai oltre l' anno e il giorno*. Se il possesso ha incominciato alla morte, come suppone la legge , e come di ordinario accade , finirà dopo l'anno dal giorno della morte, ma incominciando più tardi cesserà anche più tardi.

1027 (982). — L'erede potrà far cessare il detto possesso, offrendosi a consegnare agli esecutori testamentari una quantità di denaro bastante al pagamento dei legati dei mobili, o giustificando d'averli soddisfatti.

151. Essendo il possesso stabilito non nello interesse degli esecutori testamentari , ma solo perchè si assicuri il pagamento dei legati delle cose mobili , era ben naturale che l'erede potesse farlo cessare, soddisfacendo egli stesso i legati, ovvero dando agli esecutori una somma bastevole per soddisfarli. Ma non sarebbe per ciò sufficiente una cauzione.

1028 (983). — Quegli che non può obbligarsi, non può essere esecutore testamentario.

152. A differenza dei mandatari ordinari, l'esecutore testamentario non dovrà render conto a quei che lo sceglie , ma agli eredi contro cui adempie il suo ufficio; e gli eredi che posson esser lesi dalla sua mala amministrazione non han dritto di rivocarlo. In tal caso non potrebbe più seguirsi la regola dello art. 1990 (1862), il quale consente che si scelga un mandatario fra gl' incapaci. — Che si possano confidare i propri affari ad una persona incapace di obbligarsi, ben si comprende nei

casi ordinarl, quando voi stesso dovete risentir gli effetti della sua incapacità, e potete altronde rivocarlo a vostro libito; ma sarebbe assurdo e insieme iniquo, se il mandatario potesse nuocere a chi non lo ha scelto, nè può rivocarlo. Il nostro articolo dichiara quindi che non può essere esecutore testamentario chi non può obbligarsi, il che viene sviluppato nei due seguenti articoli.

Del resto, non monta che lo esecutore eletto, sia, o pur no capace quando sia nominato, bastando che lo sia alla morte del testatore. Se costui sceglie uno in minore età, e questi attinge la sua maggiore età innanzi che si aprisse il testamento, la nomina potrà produrre il suo effetto. Dippiù i nostri articoli 1028, 1029 e 1030 (983, 984 e 985) non dicono che l'incapace non potrà esser *nominato* esecutore; ma che non possa *essere* esecutore; *accettare* la esecuzione.

1029 (984). — La donna maritata non potrà accettare il carico di esecutrice testamentaria, senza il consenso del marito.

Se la medesima è separata di beni tanto in forza del contratto di matrimonio, come per sentenza, potrà assumere il detto carico coll'assenso del marito, od in caso di rifiuto, coll'autorizzazione giudiziale, in conformità di quanto è stato prescritto negli articoli 217 e 219 (206 e 208) nel titolo del matrimonio.

153. La donna maritata diventa capace di obbligarsi o con l'autorizzazione del marito (art. 217 (206)) o con quella del magistrato (art. 219 (208)), e quindi sembra che ella potrebbe sempre accettare di essere esecutrice testamentaria, autorizzata dell'uno e dell'altro modo. Pare non è così; e se talora l'autorizzazione del magistrato è bastevole, tale altra è indispensabile quella del marito.

Quando la donna è sottoposta al regime della comunione, nel quale il godimento dei suoi proprl beni appartiene al marito (art. 1401-2° e 1421 (T e 1396)), l'obbligo contratto dalla moglie senza la autorizzazione del marito, e col solo permesso del magistrato non potrebbe avere esecuzione, che sulla nuda proprietà dei beni propri di lei (art, 426 (348)); e la legge che trova insufficiente una tal garenzia dichiara, che la moglie non potrà in tal caso accettare il carico di esecutrice testamentaria, che autorizzatavi dallo stesso marito. Sarebbe pur così sotto il regime esclusivo di comunione, in cui la condizione della moglie è anche meno vantaggiosa (art. 1530, 1531 (TT)), e sotto il regime dotale se la moglie non abbia beni parafernali, avendo anche il marito il godimento dei beni dotali (art. 1549 (1362)). Ma quando la moglie sia separata di beni, o quando maritata sotto il regime dotale abbia beni parafernali (i quali son soggetti alle stesse regole, che i beni del regime di separazione) siccome ella ha allora il godimento (art. 1536, 1576 (T, 1389)), e può essere perseguita sulla piena proprietà, quantunque obbligata con l'autorizzazione del magistrato, cotesta autorizzazione le basta per assumere il carico di esecutrice testamentaria. Se il secondo paragrafo del nostro articolo, che fa eccezione per il caso di separazione di beni alla regola stanziata dal primo, non la fa pei beni parafernali, gli è che al tempo che si compilava il nostro titolo, neppur si pensava al regime dotale che non esisteva nel progetto del Codice; esso vi fu introdotto per ammenda nove mesi dopo, quando fu discusso il titolo del *contratto di matrimonio*. Fenet (II, p. 302 a 334, lib. 3, tit. 10 del progetto).

1030 (985). — Il minore non potrà essere esecutore testamentario neppure colla autorizzazione del suo tutore, o curatore.

154. Il motivo di questa regola lo abbiamo spiegato con le osservazioni fatte

sotto l'art. 1028 (983). Scelga il testatore se vuole il curatore o il tutore del minore; ma non può anche con l'intervento di costoro scegliere il minore stesso.

Il nostro articolo del resto è inesatto quando parla dell'*autorizzazione* del tutore; questi da noi agisce *negotia ipse gerendo, non auctoritatem interponendo*, come a Roma; non è incaricato di autorizzare il pupillo, ma di agire in sua vece e rappresentarlo (art. 450 (373)).

1031 (986). — Gli esecutori testamentari faranno apporre i sigilli, quando vi siano eredi minori, interdetti od assenti.

Faranno stendere in presenza dell'erede presunto, o formalmente citato, l'inventario dei beni dell'eredità.

Non essendovi denaro bastante per soddisfare i legati, faranno istanza per la vendita dei mobili.

Invigileranno ad oggetto che il testamento venga eseguito, ed in caso di controversia sopra la sua esecuzione, potranno intervenire in giudizio per sostenerne la validità.

Spirato l'anno dalla morte del testatore, dovranno rendere conto della loro amministrazione.*

SOMMARIO

I. Questo articolo suppone esecutori investiti; uno che non sia investito non ha obbligo *di fare apporre i suggelli, far l'inventario e rendere il conto.*

II. Ma quando l'esecutore non è investito ha dritto *fare apporre contro gli eredi, i suggelli, e fare stendere un inventario, — L'esecutore investito non deve pagare i debiti della eredità senza il consenso dell'erede o l'ordine del magistrato.*

III. Il testatore può dispensare l'esecutore investito di far l'inventario; salvo a farlo gli eredi stessi. Non può dispensarlo dal conto.

IV. Il possesso legale appena spirato non fa cessare il titolo e i dritti di esecutore testamentario.

V. L'esecutore testamentario non può come qualunque altro essere incaricato di rilasciare valori ereditari ad una persona che non sia nota alla erede.

I. — 153. Questo articolo suppone uno esecutore testamentario che ha il possesso legale come viene abbastanza provato dai paragrafi 1°, 2° e 3°; infatti lo esecutore unicamente quando è investito e deve prendere il mobiliare, è obbligato se vi sono eredi incapaci, a far mettere immediatamente i mobili sotto suggello per impadronirsene, posciacchè gl'incapaci saranno legalmente rappresentati, e mercè un inventario che raccerti regolarmente il valore delle cose che si mettono nel suo possesso (§ 1° e 2°). Egli unicamente quando è investito può render conto della sua amministrazione spirato l'anno ed un giorno (§ 3°). Se lo esecutore non fosse investito, se non avesse il possesso dei mobili, di quale amministrazione potrebbe render conto? Perchè sarebbe obbligato di far apporre i suggelli e stender l'inventario? Sarebbe questo nell'interesse degli eredi incapaci, perchè s'impedisca che i mobili fossero distornati a loro danni dai lor coeredi? Nò di certo, avvegnacchè lo esecutore testamentario sia istituito nello interesse dei legatari per assicurarsi l'esecuzione del testamento e non mai nello interesse degli eredi. Sarebbe questo nell'interesse dei legatari, e a fin di prevenire la sottrazione che potrebbe farsi ai loro danni dagli eredi? Nemmanco, perchè allora la legge non avrebbe ristretto l'obbligo dell'esecutore al caso in cui vi sieno eredi incapaci. L'articolo dunque suppone uno esecutore investito; ed egli è soggetto ad apporre i suggelli e a far l'inventario per

* — L'esecutore testamentario non può convenire in giudizio i debitori ereditari. Questo dritto non può competere che al solo erede. Corte suprema di Napoli, 2 sett. 1818.

un provvedimento preso contro lui stesso nello interesse degli eredi ai quali dovrà poi render conto.

II. — 156. I paragrafi 3° e 4° che incaricano l' esecutore testamentario di vegliare alla esecuzione dei legati, massime promovendo la vendita dei mobili, quando il contante non basta a soddisfarli (ma non già la vendita degli immobili, come era permesso da alcune consuetudini di cui le disposizioni non volle il Codice riprodurre) e intervenendo nel piato in cui si trattasse della validità del legato (nei quali piati egli può intervenire senz'essere mai attore o convenuto principale); si applicano parimente quando l'esecutore non sarà investito, dacchè indicano solo gli uffici essenziali alla qualità di esecutori testamentari. Ora il secondo di questi paragrafi incaricando generalmente l'esecutore di vegliare alla esecuzione del testamento, ci sembra render facultativo a colui che non è investito, ciò che è obbligatorio per quello investito, cioè l'apposizione dei suggelli e l'inventario; l'esecutore non investito non *deve* più, ma *può* far procedere all'apposizione dei suggelli e all'inventario, nello interesse dei legatari, affinchè gli eredi non possano sottrarre, svilire i mobili, che sono la garenzia oppure l'oggetto dei loro legati.

156 *bis*. Sebbene l'esecutore testamentario non sia mai obbligato con tal titolo a pagare i debiti del defunto, può infatti quando ha il possesso legale, essere attaccato dai creditori ereditari come detentore dei mobili della successione, potendo eglino esercitare i loro dritti tanto sui mobili, che sugli immobili. L'esecutore in tal caso non dovrà pagare che col consenso dell'erede, o per ordine del magistrato onde evitare le difficoltà nel rendimento del conto. È altrimenti dei debiti derivati dalla sua propria amministrazione; così l'esecutore non aspetterà di essere autorizzato dall'erede, per pagare le spese dei funerali ordinati dal testamento, e che rientreranno nella esecuzione del testamento, quelle dei suggelli che fa apporre, dello inventario che fa stendere, delle iscrizioni ed altri atti conservatori che può fare nello interesse dei legatari; pagherà solo tutte queste spese, e le appunterà nel conto (art. 1034 (989)).

III. — 157. È quistione controversa, se il testatore possa dispensare il suo esecutore testamentario investito del mobile, dell'obbligo di fare l'inventario di essi nel prenderli, e renderne conto spirato il possesso legale. Grenier (n. 337); Favard (*Esecuz. test.*, n. 7) e Vazeille (n. 14) accostandosi in ciò alla opinione di Pothier rispondono del no; al contrario Delvincourt, Toullier (V-604) e Duranton (IX-406) riproducendo l'antica dottrina di Ricard sostengono l'affermativa; Coin-Delisle (che come Merlin e qualche altro scrittore parla solo della dispensa dello inventario e non già del rendiconto) non scorge in ciò che *una quistione di parole*, che non potrebbe offrire gravi difficoltà, e come Merlin risponde anche del sì. Forse il nostro dotto collega, se avesse esaminato la quistione nel suo complesso, in vece di rimuoverne il punto più grave, non avrebbe trovato tanto semplice un problema per cui sono divisi tutti i nostri scrittori antichi e moderni. Checchè ne sia, noi la dobbiamo qui esaminare sotto due aspetti.

Quando il testatore ha dispensato l'esecutore del solo inventario, cotal dispensa è per fermo validissima, purchè non le si voglia dare maggiore effetto di quello che abbia. L'esecutore è allora dispensato di fare stendere l'inventario, dunque non sarà tenuto di farlo, ma non c'è più che tanto. Non sarà tenuto di farlo egli, ma gli eredi potranno ben farlo se vogliono. Il testatore può *dispensare l'esecutore* di fare stendere l'inventario, ma non già vietare che un inventario sia fatto. Senza fallo il testatore anzichè dare all' esecutore il possesso legale dei suoi mobili, lasciandolo sottoposto all'obbligo del rendiconto, potrebbe (se tutti i mobili sieno disponibili) conferirgliene la piena proprietà; ma non facendolo perchè lascia la proprietà ai suoi eredi, egli non può certamente impedire che costoro, i proprietari dei mobili, quelli ai quali l'esecutore deve

renderne conto, compiano quella formalità che ne accerti il valore: senza di ciò che cosa diverrebbe la proprietà degli eredi, e l'obbligo di render loro il conto? Dire che lo esecutore non sia tenuto a fare egli stesso l'inventario, è perfettamente possibile, razionale e legale; ma dire che nessuno inventario fosse fatto (sussistendo la proprietà degli eredi e l'obbligo di render loro il conto) sarebbe cosa immorale insieme ed assurda.

158. Se il testatore avesse dispensato e di fare stendere lo inventario nel prendere i mobili, ed anche il rendiconto spirato il possesso legale (sia che avesse ciò formalmente dichiarato, sia che fosse riconosciuto tale essere il senso implicito della sua clausola) sarebbe più delicata la quistione; e tutti i nostri scrittori tanto anteriori che posteriori al Codice l'hanno diversamente soluto. Pure, per quanto questo punto abbia potuto imbarazzare, noi fermamente diciamo con Vazeille, Grenier e Pothier che siffatta clausola fosse assolutamente nulla.

Le ragioni più speciose che si sieno date o si possano dare, onde stabilire la validità di una tal clausola, si ridurranno sempre a questo argomento: dare ad esecutori testamentarî il possesso dei suoi mobili, dispensandoli prima dell'inventario, e poi del rendiconto, vale il medesimo che loro permettere di fare ciò che vorranno del mobile, disporne da padroni e come ad essi piacerà, renderli quindi realmente proprietarî, pregandoli solo di rimettere ciò che non vorranno impiegare e conservare. « È dunque, sotto improprie espressioni, un vero legato, valido come qualunque altro, se non supera il disponibile, e non è fatto a persone incapaci di riceverlo ». Or ciò è profondamente inesatto. No, quei che dispensa il suo esecutore testamentario dell'inventario e del rendiconto dei mobili di cui lo investe, non ha, nè può avere l'idea di farlo legatario del suo mobile; la investitura è conferita allo esecutore, come il buon senso vuole, ed è provato da tutta la nostra sezione e specialmente dall'art. 1027 (982) perchè si impieghi il mobile alla esecuzione dei varî legati; essendo il mobile confidato allo esecutore pei legatarî, come potrebbe essergliene insieme data la proprietà? Senza fallo il testatore potrebbe legare i suoi mobili allo esecutore testamentario; ma allora non potrebbe conferirgli il possesso legale per la esecuzione testamentaria; il possesso è esclusivo della proprietà; son due cose inconciliabili. Che cosa dunque diventa questo *unico* argomento di Toullier, Duranton, ecc. « *chi può il più*, può il meno; e quindi il testatore può dispensare il suo esecutore dell'inventario e del rendiconto *dei mobili di cui gli conferisce il possesso legale*, poichè *potrebbe darglierlo*; e che sia un lievissimo vantaggio la dispensa dell'inventario e del rendiconto!.. ». No, il testatore non poteva *il più*, nè *dare in proprietà* al suo esecutore i *mobili di cui daragli il possesso legale* per la esecuzione degli altri legati. Egli poteva legare il suo mobile a qualunque altro che all'esecutore; poteva anche legarlo a questi, se non gliene avesse conferito il possesso legale in pro dei legatarî; ma conferendogli questo possesso in pro di tutti, non può conferirgliene insieme la proprietà. Dunque la dispensa dell'inventario e del rendiconto anzichè tramutare il conferito possesso in un legato, conferma per lo incontro, la impossibilità del legato, supponendo il mantenimento del possesso, avvegnacchè l'esecutore se non avesse il possesso, non dovrebbe render conto, e non essendovi a dar conto, non vi sarebbe ragione di dispensarnelo. E in vero, non sarebbe contrario tanto al dritto che alla morale il vedere un amministratore impadronirsi dei mobili altrui, impiegandoli a suo libito, senza alcun riscontro, senza raccertarne il valore, senza avere a dar conto? Il testatore non altro potrà fare che legare all'esecutore il residuo del suo conto. In questo modo, se l'esecutore, dopo reso e chiuso il conto, sarà debitore alla successione, serba a titolo di legato la somma dovuta; ma non v'è la mostruosità in dritto, di un amministratore che

non ha a render conto al padrone dei beni che egli amministra.

IV.—159. Se non che dal dovere che ha l'esecutore, finito il suo dritto di detenzione, di rendere il conto e rimettere all'erede la parte del mobiliare che non abbia impiegato nella esecuzione dei legati, non bisognerebbe inferire che egli perda allora la sua qualità e i suoi dritti. Essendovi ancora legati da eseguire, si dà sempre luogo alla esecuzione testamentaria, e l'esecutore conserva il suo ufficio; ma egli è allora esecutore testamentario non investito, come lo sarebbe stato fin da principio se il testamento non gli avesse conferito il possesso legale.

V.—160. Sorge quistione, massime in occasione degli esecutori testamentari, se un testatore può validamente incaricare alcuno, da lui designato, acciocchè rimettesse una parte dei suoi beni ad altri che egli non indica. « Così, io incarico il mio esecutore testamentario di rimettere 1,000 franchi, o quella parte dei miei mobili, a colui che gli ho dianzi indicato, » ovvero voglio che una somma di..... sia data al curato di quella parocchia che ne userà siccome fu tra noi convenuto, ecc. ecc.

Non dubitiamo dire che sieno nulle siffatte disposizioni, perchè non essendo nota la persona a cui la cosa deve consegnarsi, non sa l'erede se sia capace di ricevere dal defunto. In simigliante caso il legatario è quegli che è incaricato di rimettere la cosa, non quegli a cui la cosa deve rimettersi; or come si vedrà verificare la capacità del legatario che si tiene con tanta cura sì celato (1)?

161. D'altronde il testatore può giungere con un sol mezzo al medesimo risultamento senza violare la legge. Incaricandosi un terzo di rimettere qualsivoglia cosa ad una persona che a lui fosse nota, si confida pienamente nel terzo, nè si teme affatto che egli faccia alcuna sottrazione. Ma avendo il testatore piena fidanza nel terzo per la esecuzione del progetto che gli ha secretamente confidato, non volendo che altri ne sapesse, perchè nel suo testamento a lui non lega questa cosa puramente e semplicemente? Invece di dire: « Il mio erede darà a Pietro 10,000 fr. che questi rimetterà alla persona da me indicata, » il testatore concertatosi prima con Pietro del modo come impiegare il danaro, può semplicemente dire: « lo lego 10,000 fr. a Pietro ».

1032 (987). — **Le facoltà dell'esecutore testamentario non passeranno ai suoi eredi.**

162. Un mandato è un incarico di confidenza necessariamente personale a quello che si è investito, e non deve quindi passare ai suoi eredi. Senonchè questi sino a che l'erede del testatore sia informato della morte dell'esecutore, debbono provvedere agli interessi della eredità (articolo 2010 (1882)); e debbono anche render conto della esecuzione incominciata dal loro autore.

—Pur nondimeno, se il carico di esecutore testamentario fosse stato conferito, non a *tal persona* determinata, ma *alla qualità stessa* della persona (per modo di esempio, il prete che sarà curato della parocchia, ovvero il magistrato che dirige il *parquet* del tribunale) i poteri certamente saranno trasferiti a qualunque persona che eserciti quell'ufficio.

1033 (988). — **Essendovi più esecutori testamentari che abbiano accettato, un solo potrà agire in mancanza degli altri; ma saranno risponsabili solidariamente per il rendiconto dei conti riguardo ai mobili loro affidati, purchè il testatore non abbia diviso le loro funzioni, e che ciascuno di essi siasi ristretto a quella che gli è stata attribuita.**

(1) Conformi: Merlin (*Inst. di erede*, sez. 4-4°, 12) Toullier (V-35 e 606); Duranton (IX-408); Vazeille (art. 967, 408 (892, 329)), ecc.

SOMMARIO

I. Del caso in cui i varî esecutori nominati hanno tutti accettato.

II. Quid, se uno o più hanno rifiutato? Dissenso con Delvincourt e Duranton.

I. — 163. La legge qui suppone che il testatore abbia nominato parecchi esecutori testamentarî, i quali tutti hanno accettato l'ufficio; non parla del caso in cui uno o più si ricusassero.

Allorquando i varî esecutori nominati hanno tutti accettato, i loro dritti ed obbligazioni van determinati secondo una semplice distinzione. — Se il testamento attribuisce ad ognuno uffici speciali, ciascuno esecutore ha solo poteri per l'obbietto che gli è assegnato; e ristrignendosi entro quei limiti, d'altro non è responsabile. — Se al contrario i varî esecutori sono stati nominati senza divisione di uffici, la legge a fin di prevenire le difficoltà e gli impedimenti che certamente ne nascerebbero se tutti gli atti dovessero farsi da tutti i mandatarî riuniti, consente che ciascuno secondo la presunta intenzione del testatore, possa agire in difetto di altri; per modo che ciascuno esecutore separatamente ha tutti i poteri, per lo appunto come se solo fosse stato scelto ». Allora per una ben naturale conseguenza, ciascuno esecutore risponde della amministrazione per lo intero e in solido coi suoi coesecutori, per eccezione all'articolo 1995 (1867) il quale ammette la solidarietà quando sia formalmente espressa dal mandato. — La solidarietà vi sarebbe pure secondo il nostro articolo, anche per gli esecutori nominati con incarichi speciali, se eglino, anzichè tenersi nei limiti indicati dal testamento, si fossero rispettivamente arrogati i poteri altrui; solamente non v'è più solido quando il testatore ne abbia diviso gli uffici, *ed ognuno siasi circoscritto nel suo*. Se poi parecchi si fossero tenuti nei limiti seguenti, ed altri no, questi soltanto sarebbero obbligati in solido.

La solidarietà, del resto, è stabilita per il conto del mobiliare confidato agli esecutori; non potendo essere (tranne che non vi fosse una espressa clausola nel testamento) pei danni, interessi a cui potrebbero essere tenuti per altri obbietti, nè contro gli esecutori a cui non fosse dato il possesso legale.

II. — 164. Il Codice, siccome noi abbiamo fatto osservare, nulla dice del caso in cui essendo nominati parecchi esecutori, gli uni accettassero e gli altri no. Che decidere in tal caso? Delvincourt, e dopo lui Duranton (IX-423) insegnano che il rifiuto di uno impedisce che gli altri agissero. Infatti si può dire che supponendosi dalla legge nel testatore la intenzione tacita di volere ad ognuno dei suoi mandatarî conferire facoltà generali ed assolute, dessi del pari sopporre, sotto l'aspetto legale, che egli abbia il pensiero di averli *tutti insieme*, affinchè questi o quello (*sulla saggezza* di cui ei fa assegnamento) possa dirigere e sorvegliare il tale o tale altro (scelti specialmente per la loro *attività*). Questa dottrina che è certo molto ragionevole, ci sembra una conseguenza esagerata del nostro articolo. Che si deve inferire quando non si è nelle condizioni prevedute dall'articolo? Di non seguirsi più la regola dell'articolo, e non più che tanto. Così, non avendo tutti accettato i varî esecutori, ne inferite non essere ad una data facoltà di *agir da solo* ma non si vede più in là. La volontà, legalmente qui supposta, che ciascuno possa *agir solo se accettino tutti*, mena *a contrario* la idea che ciascuno non possa *agir solo* se tutti non accettino, se alcuno rifiuti: ma non mena quest'altra idea che il rifiuto di uno toglie anche che gli altri possano *agire insieme*. Non è questo più un *secondo* caso correlativo all'altro previsto esplicitamente dalla legge, e che fu pure implicitamente previsto; ma una terza idea, non prevista nè esplicitamente nè implicitamente, nè direttamente nè *a contrario*, la quale perchè non prevista,

deve valutarsi secondo il dritto comune e i principî generali.

Noi dunque opiniamo che gli esecutori i quali accettano, hanno il dritto di agire ad un medesimo tempo, tranne che non sorga dai termini del testamento, che il testatore non avesse voluto conferire alcuna facoltà ai suoi esecutori che a condizione di dovere accettar tutti. L'art. 1858 (1730) nel titolo della *società*, da cui trae argomento Duranton onde sostenere il suo assunto gli sarebbe anzi oppostissimo, dacchè esso non toglie a ciascun socio il dritto di agir solo in mancanza dei consoci, se non quando è *stato stipulato* che uno degli amministratori nulla potesse fare senza l' altro.

1034 (989).—Le spese fatte dall' esecutore testamentario per l'apposizione dei sigilli, inventario, resa de' conti, come pure tutte le altre relative alle sue funzioni, saranno a carico dell'eredità.

165. Gli è ben naturale che lo esecutore testamentario non sostenga alcuna delle spese che sia obbligato di fare, e che tutte queste spese gli sieno fatte buone. Ma non sempre le spese vanno a carico *della successione*, come dice il nostro articolo, dacchè, essendovi eredi riservatarî, sono a carico della *porzione disponibile* della successione. In vero, l'esecutore testamentario è nominato, e le spese tutte ingenerate dal suo ufficio, sono fatte nello interesse de'legatarî; le quali spese, essendo un accessorio dei legati, ed un mezzo di procurarne il pagamento, debbono prendersi, come quelli, sul disponibile, affinchè la riserva dell' erede rimanga intatta.—S' intende bene che sarebbe diversamente di quelle spese le quali, benchè fatte dall' esecutore, nol fossero state in pro dei legatarî. Così, per esempio, se l'esecutore avesse pagato le spese funerali, o se essendo incaricato del pagamento di alcuni debiti, avesse dovuto piatire contro i creditori ereditarî, è chiaro che tali spese sarebbero a carico di tutto il patrimonio e non del disponibile solamente.

SEZIONE VIII.

DELLA RIVOCAZIONE DEI TESTAMENTI E DELLE LORO CADUCITÀ.

166. I legati possono essere rivocati: 1° dal medesimo testatore, il quale s'intende bene che non è tenuto a render conto del cangiamento della sua volontà: 2° con sentenza del giudice dopo la morte del testatore per qualcuna delle cause d' indegnità del legatario prevedute dalla legge. La revoca specialmente detta cioè quella che si effettua per la volontà del testatore, forma il subbietto degli art. 1035, 1038 (990, 993); quella che s' incorre per fatto del legatario, sarà trattata nei due ultimi articoli della sezione (1046, 1047 (1001, 1002).

Gli articoli intermedî 1039, 1045 (994 1000) si occupano della caducità dei legati, cioè delle cause che li rendono inefficaci, indipendentemente dalla volontà o incapacità del testatore e dall' indegnità del legatario. Su tal subbietto il Codice tratta dell' accrescimento de' legati, vale a dire dei casi in cui la premorienza, l'incapacità, o il rifiuto del legatario non ingenerano la caducità della disposizione.

Così, quantunque la nostra sezione parli successivamente: 1° della rivocazione (art. 1035, 1038 (990, 993)): 2° della caducità (1039, 1043) (994. 998): 3° dell'accrescimento (1044, 1045 (999, 1000)); e 4° della indegnità (art. 1046, 1047 (1001, 1002)); nulla di meno essa ha due principali oggetti nei quali fondonsi gli altri due, cioè: la revoca e la caducità.

§ 1. — *Della rivocazione per la sola volontà del testatore.*

1035 (990).—I testamenti non potranno essere rivocati, in tutto od in parte, che con un testamento posteriore, o con un atto avanti notaro, nel quale sia dichiarata la mutazione della volontà. *

SOMMARIO

I. La revoca può essere espressa o tacita. La revoca espressa non può farsi che in un nuovo o in un atto notorile.

II. La revoca scritto in un testamento non ha effetto se il testamento è nullo. Quello fatta per mezzo di un olografo, che non racchiuda alcuno liberalità, sarebbe parimente nulla ovvegnacchè tale atto non costituirebbe un testamento. Dissentimento collo generalità degli autori.

III. La rivocazione per atto notarile è valida, quantunque tale atto fosse nullo come donazione e come testamento, purchè sia valido come atto notarile ordinario: dissentimento con molti autori.

I.—**167.** Un testatore è sempre libero fino agli ultimi suoi istanti di modificare a suo grado, o di annullare interamente le disposizioni testamentarie che abbia fatto, essendo il testamento fino alla morte un progetto che il testatore può mutare a piacimento. Ogni clausola inserita sia in un testamento, sia in qualunque altro atto, onde una persona si fosse interdetta la facoltà di rivocare una o più disposizioni testamentarie, sarebbe radicalmente nulla, come contraria alla libertà personale ed all'ordine pubblico.

La revoca dei testamenti per volontà del loro autore può essere espressa o tacita. Il Codice discorre della tacita negli articoli **1036** e **1038** (**991** e **993**) ed il nostro articolo, quantunque nol dica, non intende parlare che di quella espressa; altrimenti la sua disposizione restrittiva « *i testamenti non potranno essere rivocati che. . . .* » sarebbe interamente falsa; quindi l'articolo avrebbe dovuto dire: « non potranno essere rivocati *espressamente* ».

La rivocazione espressa o tacita può versare o sopra un intero testamento, o solamente sopra una o più disposizioni in quello contenuto.

La rivocazione espressa non può farsi giammai verbalmente, ma bisogna farsi per iscritto, e non è valida se non quando sia scritta o 1° in un testamento posteriore; o 2° in un atto notarile.

II.—**168.** Dapprima la revoca espressa può farsi validamente in un testamento posteriore, quale che sia la forma che in esso si adoperi, e quella del testamento che si revochi in tutto o in parte. Così un testamento mistico o autentico può benissimo essere revocato mercè un testamento olografo; un testamento ordinario mercè uno privilegiato, e *viceversa*. S'intende bene esser mestieri che il testamento revocatorio sia valido, dacchè se fosse nullo, se non avesse legale esistenza, non più si direbbe che la revoca siasi fatta in un testamento, non essendovi in dritto testamento di sorta. Vedremo nel numero seguente quello che converrebbe decidere, se si trattasse di un testamento pubblico, nullo come tale, ma che offrisse

*—È valido un secondo testamento che abbia indicato l'erede riportandosi ad un primo riconosciuto nullo. In tal caso non è che si dà esecuzione al primo testamento, ma si ricorre solo al medesimo per la indicazione. C. S. di Napoli 22 gennaro 1824.

—Un secondo testamento nullo come testamento, ma valido come atto autentico, non vale a rivocare il precedente. Lo potrebbe però se il secondo testamento contenesse la spiega, che se non valesse come testamento, valesse come dichiarazione rivocatoria del precedente testamento. C. S. di Napoli 16 agosto 1828.

tutte le condizioni di un atto notarile ordinario.

169. Ma la revoca sarebbe forse valida per ciò solo che l'atto che la rinchiude sia scritta interamente, datata e sottoscritta dalla persona, quantunque esso non presenti alcuna disposizione di beni? Quasi tutti gli scrittori, e conforme ad essi un antico arresto della Corte di cassazione, rispondono del sì (1). Ma la loro soluzione creduta assai dubbia dal Bugnet (sopra Pothier, VIII. p. 308) e rigettata dal Delvincourt (t. 11.) è veramente un errore.

Autori antichissimi (2) muovendo dalla falsa idea che la rivocazione di un testamento sia per se stessa, e fuori di qualunque nuova disposizione di beni, un nuovo testamento (equivalendo ad una attribuzione di questi beni fatta agli eredi del sangue) insegnano conseguentemente che la revoca possa e debba farsi con le forme del testamento. All'opposito, altri più recenti intendendo meglio che la revoca pura e semplice di un testamento, non sia punto un testamento, inferivano dalla mancanza di ogni regola speciale nella nostra antica legislazione su di ciò, che la revoca potesse farsi in qualunque forma. Specialmente ci dice Pothier « che quantunque l'atto contenente la revoca non fosse fornito delle formalità del testamento, la revoca sarebbe sempre valida » aggiungendo che l'atto revocatorio « non è necessario che sia scritto dal testatore; » bastando che sia firmato (Donaz. e test., cap. 6, sez. 2, § 1.) Per tal modo gli autori del Codice doveano scegliere fra tre sentenze: 1° considerare l'atto rivocatorio come un testamento, e come tale richiederne le forme secondo Domat; 2° non esigere alcuna forma come Pothier; 3° slontanarsi dall'una e l'altra idea, e considerando l'atto di revoca non come testamento, sottoporlo a forme peculiari diverse da quelle del testamento. Or il Codice ha adottato quest'ultimo partito.

E dapprima, è evidente ed incontroverso che esso rigetta la dottrina di Pothier, dacchè, non che appagarsi di un atto qualunque per la dichiarazione del mutamento di volontà, vuole che tale dichiarazione sia espressa o in un secondo testamento, o in un atto notarile. Se non che è del pari in dubbio che rigetti anche, ed in vero così dovea fare, la opposta dottrina di Domat che molti scrittori vogliono oggi evocare.

E dovevasi dal Codice senza fallo rigettare, avvegnacchè niente v'ha di più falso quanto il dire che dove io dichiari rivocare il testamento che aveva fatto, per ciò stesso dispongo e testo in pro dei miei eredi. Non è dubbio, fo tal cosa che profitta a' miei eredi, ma questa cosa non è un testamento, ma semplicemente la soppressione di quello che li pregiudicava; non è dubbio, che secondo la mia volontà, i miei eredi debbono allora prendere i miei beni, se non che essi li avranno non in virtù di un testamento e come legatari, ma come successori *ab intestato*, val quanto dire precisamente a cagione *della mancanza del testamento*..... Quando io dico in un atto: « dichiaro rivocare il testamento olografo che avea depositato presso un tale » è nè più nè meno che se io *lacerassi* quel testamento. Or, si dirà forse che lacerando un testamento io ne fo per ciò un secondo?

La verità delle cose imponeva dunque al nostro legislatore di escludere la falsa idea di Bartolo e di Domat. Egli in fatti l'ha esclusa, e se ne ha doppia prova prima nel testo, poi ne'lavori preparatori.

Nel testo; perciocchè se il pensiero del legislatore fosse che la semplice dichiarazione di sopprimere un testamento sia per se stessa un testamento, sottoposto perciò alle forme testamentarie, ei non avrebbe

(1) Merlin (*Rep.*, v. *Revoc. di codic.*); Grenier, (n. 342); Toullier (V-633) Duranton (IX-431); Dalloz (cap. 9, sez. 1;) Vazeille (n. 17.); Poujol (n. 5.); Coin-Delisle (n. 7.); Zachariae (V-p. 495); Parigi, confermato in cassazione.

(2) Bartolo (sulla l. 18. *de legat.* 3, n. 5); Barry (*de succ.*, lib. 10, t. 1, n. 35), Domat (2 part. l. 3. t. 1. sez. 5, n. 12).

potuto dire da un lato che bisognava *sia un testamento*, sia *un atto notarile contenente la dichiarazione*, poichè ogni atto contenente tale dichiarazione essendo nel suo sistema un testamento, sarebbe stato lo sesso che dire esser necessario un TESTAMENTO. D'altra parte, se fosse intenzione del legislatore di ravvisare in quella dichiarazione un testamento, ed esigere le forme testamentarie, non si sarebbe certamente contentato di un atto notarile ordinario, poichè nel testamento pubblico il Codice vuole altre forme più rigorose di quelle della legge sul notariato: e dacchè la legge si appaga qui di un semplice atto notarile, importa dunque non attenersi alle forme testamentarie, non ravvisare in tale dichiarazione un testamento, non ammettere infine il sistema di Domat... Del rimanente, toglie ogni dubbio sulla quistione il riflettere, che la idea di sottoporre la dichiarazione di revoca alle forme testamentarie era nel progetto del Codice, e che fu respinta sin dalla prima discussione al consiglio di Stato. In vero, il nostro art. 1035 (990) voleva nel suo primo dettato che la dichiarazione si facesse *in una delle forme richieste pei testamenti*; ma dopo la discussione questo progetto fu abbandonato, e fatta una prima trasformazione in cui prescrivevasi che la dichiarazione si facesse sempre *per atto autentico*, fu ammesso finalmente come temperamento a dimanda del Tribunato, che potesse farsi o mercè di testamento posteriore, o per atto notarile (Fenet, XII, p. 339,455 e 463). Adunque, allorchè non vi sarà una dichiarazione per atto notarile, il Codice vuole *un testamento*, e non solamente un atto fatto *nelle forme del testamento*.

III. — 170. Il testamento, oltrecchè può sempre revocarsi con un altro posteriore, può esserlo pure mercè un atto notarile, non essendo necessario che tale atto costituisca un nuovo testamento. Appena la dichiarazione di cangiamento di volontà sarà stata ricevuta secondo le regole stanziate dalla legge del notariato, la revoca sarà attuata.

Così, sebbene la dichiarazione sia inserita in una donazione tra vivi, nulla per difetto di accettazione espressa, produrrà sempre il suo effetto (Cassaz. 25 aprile 1825; Lione 7 febb. 1827); perocchè se l'atto è nullo come donazione e per contravvenzione alle regole della sez. 1. del cap. 4. del nostro titolo, non offre alcun vizio come atto notarile nè contravviene ad alcuna delle regole della legge di ventoso anno XI...

Non è altrimenti, secondo noi, della dichiarazione contenuta in un testamento nullo nella forma, ma per contravvenzione a regole che non sono quelle della legge di ventoso: per mo' di esempio, perchè fosse stato ricevuto da un notaro assistito da tre testimoni, anzi chè da quattro. Numerose autorità decidono il contrario (1); ma noi non sapremmo seguirle. Difatti allora nell' atto indicato vi hanno due cose distinte: 1° un testamento pubblico; 2° una solenne dichiarazione di revoca del precedente testamento. Il testamento, non è dubbio, è nullo dacchè vi sono state tre testimoni mentre la legge ne richiede quattro a pena di nullità (art. 971, 1001 (896, 927)); ma come mai la clausola revocatoria sarebbe pure nulla per la medesima causa, quando essa è unicamente sottoposta alla legge di ventoso, e come tale le sono sufficienti due testimoni?

Si dice, la clausola allora fa parte integrale di un testamento, e quindi cadendo il testamento essa pure vien meno. Ma perchè dunque considerarla come parte integrale e necessaria del testamento pubblico, quando la si può concepire distinta, e quando la legge vi attribuisce una forma differente. Perchè collegarla alla forma testamentaria, e dichiararla nulla, allorchè si può congiungere alla forma

(1) Merlin (*Rep. parol. Testam.* sez. 2), Grenier (n.342), Favard v. *Testam.* sez.3); Coin-Delisle (n. 8); Rig. 20 febb. 182; Tolosa 12 ag. 1831; Aix, 5 ap. 1834; Rig. 2 marzo 1836 (Devil., 32, 2, 586; 36, 1, 174).

notarile semplice, e trovarla valida? Se la scrittura che contiene la dichiarazione è medesimamente testamento ed atto notarile, se la dichiarazione è fornita ad un tempo di ambedue le forme permesse, non può certamente esservi nullità per difetto nella forma richiesta se non quando coteste forme fossero entrambe viziose... Un testamento pubblico, perchè è testamento, non è meno un atto notarile.— Ci si risponde finalmente, che il nostro sistema fa temere di contraddirsi le volontà del testatore; che facendo questi a un tempo una revoca del primo ed un secondo testamento, avea forse il pensiero di non rivocare se non perchè fosse eseguito il secondo testamento... Questa obbiezione non è più felice della precedente; perchè suppone nella revoca, senza fondamento e per un *forse*, una condizione che non vi si può ravvisare. L'art. 1037 (992) respinge questo sistema invincibilmente, non per argomento diretto, ma per una molta efficace analogia.

Ed in vero, se si dicesse che la revoca scritta in un testamento posteriore non debba aver vigore che nel solo caso in cui il secondo testamento riceverà la sua esecuzione, bisognerebbe si dichiarasse non avvenuta allorchè il secondo legatario sarà incapace o avrà rinunziato. Per esempio, dopo aver legato nel 1836 una casa a Pietro, dichiaro nel 1852 con un novello testamento di toglierglìela per darla a Paolo, e dopo la mia morte Paolo rinunzia il legato. Nel vostro sistema dovete dire che non avendo effetto il secondo testamento, il primo non sia stato rivocato, che il testatore non ha tolto la sua casa a Pietro assolutamente, ma solo per darla a Paolo; che s' egli ha preferito Paolo a Pietro, preferiva altresì Pietro a' suoi eredi del sangue; che la revoca del legato di Pietro era fatta sotto la seguente implicita condizione « se il nuovo legato che ho fatto a Paolo avrà esecuzione; » or questa dottrina è smentita dall'art. 1037 (992), il quale dichiara che la revoca fatta in un testamento posteriore avrà il suo effetto, quantunque tale novello atto resti senza esecuzione per la incapacità o la rinunzia del legatario. Ed in fatti, perchè una revoca sia riconosciuta condizionale, fa mestieri che il dichiarante abbia espresso la condizione, cui intendea sottoporla (1).*

(1) *Conf.* Malevillc, Delaporte (n. 391). Toullier (V-626) Delvincourt, Duranton (IX-438) Vazeille (n. 1), Brusselles 22 lug. 180).

* Troplong, *Don. e Test.*, n. 2050.

« Ma qui si presenta una quistione assai controversa. Il testamento posteriore nullo che contiene la rivocazione ha per effetto di annullare il primo; ovvero, essendo nullo in tutte le disposizioni che tendono a gratificare, si dee dire che lo è del pari nella clausola di rivocazione?

« Questa quistione può far difficoltà soltanto pel testamento notarile nullo per vizio di forma: quanto al testamento olografo, se si trova nullo, non può produrre verun effetto rivocatorio, stantechè solo ad un atto notarile o ad un testamento attribuisce la legge il potere di rivocazione. Se il testamento è mistico, ed è nullo l'atto di soprascrizione, rimane tuttavia un testamento olografo valido, siccome abbiam provato di sopra. Onde la difficoltà si riferisce tutta quanta al testamento per man di notaio, dappoichè, se è nullo come testamento, almeno non può valere come atto notarile per operare la rivocazione.

« Gli autori si son divisi sulla quistione: Merlin ha sostenuto che un testamento nullo non possa rivocarne uno precedente; Toullier si è pronunziato per l'opinione contraria ».

E poi dopo aver largamente confutato la opinione di Toullier così prosegue:

« Che n'è ora de' ragionamenti di Toullier? Son confutati dai principî più puri del dritto, dalla ragione medesima, la qual vuole che ciò che è nullo non possa rovesciare ciò che esiste. Egli cita a sostegno della sua dottrina Vinnio e Pothier. Ma noi gli opporremo Perezio, Voet, Mantica, Furgole, Merlin ed altri. Gli diremo: il testatore avea due mezzi per rivocare espressamente il suo testamento: potea consegnar la sua volontà in un secondo testamento, ovvero in un atto rivocatorio *ad hoc* fatto per man di notaio: ha eletta la forma minuziosa e pericolosa del testamento. Bisogna dunque giudicar della sua volontà dalla forma che ha preferita, e non convertendo l'atto di sua scelta in un atto ond'egli ha ricusato di servirsi e che non è compatibile con l'indole dei testamenti.

« Egli ha voluto disporre a causa di morte con le solennità annesse a cotal genere di disposizione: come si potrebbe veder mutar la sua volontà in atto fra vivi? Se nella convenzione un atto notarile, che si trova sottoscritto dalle parti, vale tuttavia come atto privato, gli è che ambo le forme convengono del pari a ciò che fa l'obbietto del contratto, che si può indifferentemente contrattare per atto pubblico e per atto privato. Ma sarebbe di fermo contrario a tutti i principî di convertire una disposizione a causa di morte, la quale non

1036 (991). — I testamenti posteriori che non rivocheranno espressamente i precedenti, annulleranno, in questi soltanto quelle disposizioni ivi contenute, che si trovassero incompatibili colle nuove, o che vi fossero contrarie. *

SOMMARIO

I. Prima causa di tacita revocazione. Essa ha luogo per le disposizioni che nel pensiero del disponente sono incompatibili con un testamento posteriore.

II. È una semplice quistione d' intenzione. Epilogo della regola. Errore di Toullier riconosciuto da Duvergier.

I. — 171. Siamo alla prima delle cause della revoca tacita: la seconda ci sarà indicata dall' art. 1038 (993). L' artic. 1037 (992) non fa che completare la disposizione del nostro articolo e del precedente, ed è comune a tutte le revoche fatte per testamento, sieno tacite o espresse.

La revoca tacita è quella che si manifesta non più *verbis* mercè la dichiarazione formale del testatore, ma *re* cioè per un fatto il quale provi il cangiamento di volontà nel testatore. Del rimanente, così la seconda revoca come la prima è ristretta e limitata dalla legge, e nello stesso modo che la revoca espressa non emerge da una dichiarazione qualunque, ma solamente da una dichiarazione scritta in un testamento o in un atto notarile, nella guisa istessa la tacita non può risultare che dai fatti preveduti dal Codice. — Essa, secondo il nostro articolo, deriva dall' *incompatibilità* o dalla *contrarietà* ch' esiste tra le disposizioni anteriori e le ultime. Dire precisamente qual differenza abbiano posto i compilatori tra l'incompatibilità e la contrarietà delle disposizioni, sarebbe assai difficil cosa e per altro inutile, perocchè le disposizioni contrarie sono necessariamente incompatibili. In ogni modo adunque quando vi sarà incompatibilità fra due disposizioni, la prima sarà rivocata.

II. — 172. Il sapere poscia quando vi sarà incompatibilità, quando le due disposizioni dovranno riguardarsi siccome inconciliabili fra esse, è desso un *punto di fatto* su cui è impossibile dare in tesi regole assolute, dovendosi sempre decidere dai tribunali secondo le circostanze(1).

Però osserviamo che non trattasi qui di una incompatibilità considerata in sè stessa, di disposizioni inconciliabili assolutamente e per sè medesime; ma di disposizioni incompatibili nell'intenzione del testatore, e che sono inconciliabili secondo la volontà che aveva nello scriverle: non è d' uopo che la incompatibilità sia nella natura delle cose, bastando vi sia nella mente del dispositore (2).

Così, quando Tizio dopo avere in un primo testamento istituito Pietro legatario universale, conferisce lo stesso titolo mercè un testamento posteriore a Paolo, è chiaro che può in cotale disposizione esservi secondo i casi, o la sostituzione di un secondo legatario al primo, o la revoca del legato anteriore, ovvero la istituzione di due legatari universali chiamati a concorrere. Delle volte le stesse parole del secondo legato basteranno a rivelare sull'obbietto il pensiero del testatore; per esempio, se Tizio abbia detto che sceglie Paolo per suo *solo erede*, è evidente che il legato di Pietro è rivocato. Talvolta l' in-

sussiste che per un concorso di peculiari solennità; in atto notarile propriamente detto, perchè questo non può in alcun caso essere acconcio a rivestire una disposizione a causa di morte.

« Del resto la nostra opinione e sanzionata dalla maggioranza degli arresti ».

*— Di due legati di quantità scritti in due atti diversi non si può dire il primo trasfuso nel secondo. C. S. di Napoli 23 febbraro 1850.

(1) Ved. Rig. 25 giug. 1828; 22 giug. 1831; 29 mag. 1832; 8 lug. 1835; 30 mar. 1841; 10 marzo 1851 (Dev. 31, 1, 253; 32, 436; 35, 741; 41, 406; 51, 361).

(2) Ved. il succitato arresto de' 10 marzo 1851, e le nostre osservazioni intorno ad esso nella *Rivista critica* (t. 1, p. 449 e seg., n. 2).

tenzione potrà manifestarsi in qualche altra parte dell'atto. Se Tizio dopo avere detto che istituisce Paolo legatario universale, aggiungesse altre diverse liberalità, e terminasse con dire: « tutte coteste disposizioni saranno soddisfatte dal *mio* legatario universale, il quale terrà *il rimanente* de' miei beni » trarrebbesi da ciò che non debbano esservi due legatari universali ma un solo, alcune volte dal contesto dei due testamenti raffrontati l'un l'altro si farà nota la volontà del defunto. Delle volte infine non si potrà decidere che mercè circostanze di fatto estranee agli atti testamentari.

Parimente, benchè dicasi generalmente che il legato fatto ad una seconda persona di un corpo certo già legato ad un'altra con un testamento anteriore, revochi quello precedente, potrà non pertanto avvenire che il secondo legato importi il conferimento di un condominio della cosa, e che entrambi debbono essere conservati. Se dopo aver legato tal podere a Luigi, Tizio l'abbia lasciato con un secondo testamento a Giacomo, alcune parole di quest'ultimo testamento o altre circostanze potranno benissimo provare che egli abbia voluto assegnarlo ad ambidue. Se per l'opposito Tizio nel suo primo testamento avesse dato al suo domestico una cosa di poco valore (un orologio, una tabacchiera), e la conferisse con un secondo testamento ad un amico, il tenue valore della cosa, ed altresì la circostanza che il secondo legatario non manchi di beni, faranno chiaramente dimostro avere con ciò il testatore voluto lasciare una memoria all'amico, che abbia dato perciò l'oggetto a lui solo, e non resterebbe alcun dubbio sulla revoca del primo legato. — Reciprocamente, quantunque due legati fatti allo stesso individuo con testamenti successivi debbono più sovente coesistere, ed eseguirsi ambidue, spesso le circostanze potranno dimostrare, anche per legati di denaro, che la intenzione del testatore fu di sostituire il secondo legato al primo, e rivocare quest'ultimo (1).

173. Il nostro articolo si riassume dunque con dire che le disposizioni posteriori revocano le precedenti, allorchè dalle circostanze risulti chiaramente che il testatore abbia avuto la volontà di sopprimere le prime per sostituirvi le altre allorchè ha voluto escludere la coesistenza. Ciò

(1) Un buon curato di villaggio dopo aver fatto un lunghissimo testamento rinfarcito di moltissime disposizioni e raccomandazioni d'ogni natura ne fece assai tempo appresso un secondo, il quale era *parola per parola* la riproduzione del primo, con una sola differenza che tutti i legati di denaro erano aumentati; il preambolo del novello atto era lo stesso, avendovi il testatore ripetuto la sua intenzione sul luogo della sua sepoltura, sul numero, i giorni e le ore delle messe da recitarsi per requie dell'anima sua, sulla destinazione dei suoi piviali, cotte, vasi sacri e de' suoi libri (di cui volea si facesse una biblioteca cantonale). Il primo testamento in una parola era *copiato* in tutti i suoi particolari, solamente i poveri della comune, in vece di ricevere 100 fr. in ogni anno durante i quattro anni seguenti alla sua morte, li doveano ricevere per sei anni; le messe che doveansi recitare dapprima per due anni, lo si doveano per anni tre; colui a cui col primo testamento si erano dati 1,000 fr. dovea riceverne 1,500, il legatario di una somma di 800 fr. ne avea 1.200, e così via discorrendo. Era evidente che non erano questi due testamenti eseguibili ambidue, ma due *edizioni* di unico testamento, di cui la seconda era *aumentata* (mercè le economie fatte nell'intervallo dal defunto); era evidente che solo il secondo atto dovea eseguirsi, che tutte le sue parti valutate nel loro complesso, e secondo la manifesta intenzione del testatore erano incompatibili con le disposizioni del primo testamento il quale rimanea colpito da una revoca tacita. Non si dovevano più eseguire due volte i legati di denaro, non doveasi il calice d'oro darsi due volte a tal prete, ed a tal'altri il piviale rosso, o deporre due volte il cadavere nella designata sepoltura. Nulladimeno il tribunale di Charolles decise il contrario sull'azione da uno dei legatari diretta contro uno degli eredi (aprile 1844) sul fondamento che non esisteva alcuna incompatibilità fra i due legati di denaro. Ma chiamati alla lor volta in giudizio gli altri eredi, avendo presentato in difesa una consulta, in cui da noi furono svolte le sopradette osservazioni, i magistrati ne riconobbero la esattezza, e profferirono una sentenza opposta alla prima.

Poscia un caso analogo è stato egualmente sottoposto al nostro giudizio (ottob. 1850) in una causa di cui hanno parlato parecchi giornali per cagione della seguente specialità, che il testatore aveva legato alle città di Rouen e di Caen dei capitali per formarne premi da aggiudicarsi in ogni anno al più meritevole il *giorno della festa del re*, allorchè l'autorità reale era stata abolita da presso a tre anni, dalla morte del testatore.

detto, non si concepisce come Toullier abbia potuto scrivere (V-643) che se una persona, la quale abbia legato con un primo testamento un podere a Tizio, gli leghi con un secondo cento scudi, il primo legato per ciò solo sarà rivocato. Anzi è evidente che ambidue i legati sono doviuti, menochè qualche circostanza peculiare non dimostri che il denaro sia stato legato *in vece* del podere (*si* **PRO FUNDO** *decem legentur*). Anche Duvergier nelle sue note riconosce al par di noi che Toullier ha errato.

1037 (992). — La revoca fatta con un testamento posteriore avrà pieno effetto, ancorchè questo nuovo atto resti senza esecuzione per la incapacità dello erede istituito, o del legatario, o per la renunzia dell'eredità, ovvero del legato.*

174. Dal momento che una disposizione è stata validamente rivocata da un testamento posteriore o espressamente o tacitamente, la prima disposizione rimane come non avvenuta, e quindi non potrebbe rivivere che per novella volontà del testatore. Or la inefficacia del secondo testamento (sia per la preoorienza del legatario, o per la di lui incapacità, o per la rinunzia ad accettare) non assicurando la novella volontà, non può impedire lo effetto della revoca (1).

In vero, la legge non ha assomigliato, nè poteva farlo, il caso in cui fosse lo stesso testamento nullo per difetto di forma. Prima che la revoca produca effetto, fa d'uopo ch'esista; affinchè esista, è d'uopo che siavi un testamento; or il testamento nullo nella forma è un simulacro senza esistenza legale. È ben altrimenti, siccome abbiamo detto sotto l'art. 1035 (990), allorchè il testamento che contenga una revoca espressa sia un atto pubblico, il quale, benchè nullo come testamento, valga come atto notarile. Ma allora non saremmo più nel caso del nostro articolo, perocchè la revoca non sarebbe fatta non solamente in un testamento, ma in un atto notarile; or il nostro articolo tratta soltanto della revoca per testamento.

Così, affinchè la revoca sussista malgrado la nullità di forma del testamento, è d'uopo evidentemente che il testamento sia per atto pubblico, e la revoca espressa: se da un lato non fosse un testamento pubblico, non potrebbe mica, cadendo come testamento, mantenersi quale atto notarile; d'altra parte la sola revoca espressa può farsi senza testamento.

175. Abbiamo detto che le disposizioni rivocate possono rivivere per volontà novella del testatore. Così non potrà dubitarsi, che se un tale dopo avere revocato il suo testamento ritratti quindi quella revoca, dichiarando positivamente riveuire al primitivo testamento, questo riprenderà il suo vigore. Ma sarebbe anche così, se il testatore ritrattasse la disposizione rivocatoria senza esprimere che intenda far rinascere il testamento rivocato? Quì gli autori non sono concordi; i più (specialmente Grenier, n.° 346, Delvincourt, Toullier, V-635), decidono che il primo testamento non abbia vigore; altri per converso (Duranton, IX-441, Coin-Delisle, (art. 1035 (990) n°. 12) affermano che riviva per la sola ritrattazione della revoca..... Noi opiniamo che non si possa dare una regola assoluta, dipendendo la soluzione dalle circostanze.

Se il testatore, per esempio, abbia rivocato il suo testamento non con un altro posteriore, ma mercè una semplice dichiarazione notarile, è evidente che la ritrattazione della revoca significhi ch'egli riviene al suo testamento nè vi ha certamente altra possibile interpretazione. Ma se dopo avere fatto un primo testamento

*—L'alienazione della cosa lasciata a titolo di legato compensativo, non distrugge la cosa legata. C. S. di Napoli 3 dicembre 1844.

(1) *Conf.* Bordeaux 19 mar. 1833; Rig. 13 mag. 1834 (Dev. 33, 2, 414, 34, 1, 421).

in pro di Pietro, l'abbia rivocato tacitamente con un secondo fatto in pro di Paolo, e dichiari poscia rivocare quest'ultimo, questa novella revoca può avere due sensi: può significare: « io ritratto il mio secondo testamento per rivenire al primo; » ma può altresì dinotare: « non vo' più stare nè al primo nè al secondo testamento, e ritorno alla successione *ab intestato* ». Spesse fiate la dizione della revoca farà intendere la mente del testatore, ma quando l'intenzione resterà dubbia è chiaro che sarà una quistione intenzionale da decidersi in fatto secondo le circostanze.

1038 (993). — Qualunque alienazione, quella pure mediante vendita con facoltà di ricompera, o mediante permuta che farà il testatore in tutto od in parte della cosa legata, indurrà la revoca del legato riguardo a ciò che è stato alienato, ancorchè l'alienazione posteriore sia nulla, e che la cosa stessa sia ritornata in possesso del testatore.

SOMMARIO

I. Seconda causa di tacita rivocazione: Alienazione della cosa legata. Basta un' alienazione di fatto. Non basta quella sotto una condizione sospensiva: dissenso con Duranton e Coin-Delisle

II. Gli stessi legati universali o a titolo universale possono essere revocati con tale causa.

III. Terza ed ultima causa di revoca: soppressione dell' atto testamentario.

IV. La revoca non si applica a tutte le clausole che può contenere un testamento, ma unicamente a' legati.

I. — **176.** Il Codice più severo dell'antico dritto dichiara che ogni alienazione della cosa legata revochi *ipso facto* i legati. Qui non trattasi di un'alienazione reale in dritto, ma di una semplice alienazione di fatto, cioè a dire dell'unica circostanza che il testatore abbia voluto e creduto alienare, che abbia consentito un atto di alienazione, quantunque questa rimanga senza esistenza legale. Ciò è evidente; in fatti l'articolo ci spiega che la regola si osserverà benchè la vendita siasi fatta con facoltà di ricompera e la cosa venduta sia rientrata nel patrimonio del venditore (cioè quantunque l'esercizio della ricompera renda in dritto la vendita come non avvenuta e giammai esistente); aggiungendo che produrrà lo stesso effetto ancorchè l'alienazione sia nulla. Così vi sarebbe revoca nel caso di una donazione nulla per difetto delle forme prescritte, o per manco di accettazione. La revoca seguirebbe ugualmente quantunque la alienazione fosse annullata per incapacità, per dolo, o per lesione. E veramente in tutti i casi è stato fatto un atto di alienazione consentito dal testatore.

177. Senonchè sarebbe ben altrimenti se l'alienazione fosse nulla per violenza o per errore sulle cose medesime. Così se costi avere il testatore sottoscritto l'atto della vendita con la pistola al petto; o che dichiarando vendere la sua casa di Challiot (che già avea legato a Pietro), intende parlare della casa di Choisy, in questi casi non v'ha revoca di sorta. Allora non solo non vi è stato alienazione in dritto (il che non è necessario), ma non vi è stata neppure in fatto la volontà di alienare (e questa è indispensabile).

Duranton (IX-459), e Coin-Delisle (numero 4) insegnano che la revoca possa anco risultare da un'alienazione fatta sotto condizione sospensiva; ma siffatta dottrina ci pare erronea, ed in fatti vien rigettata dal più degli scrittori (1). Questo caso non è mica analogo a quello della vendita col patto di ricompra, cui vuolsi rassomigliare..... L'esercizio del riscatto, rendendo la vendita non avvenuta in dritto, non

(1) Toullier (V-633); Dalloz (n. 21); Poujol (numero 7); Vazeille (n. 7).

toglie che non siavi stata in fatto. E lo stesso della vendita sotto condizione risolutiva. perocchè tale vendita esiste, ma può solamente essere risoluta. revocata: se la risoluzione avviene, sarà *considerata* come non fatta, ma effettivamente la è stata, sarà non avvenuta in dritto, ma sarà pure un fatto realmente compiuto. Per l'opposito, allorchè l'alienazione dipenda da una condizione sospensiva, la quale non si verifichi, l'alienazione non ha giammai avuto effetto nè in diritto, *nè in fatto*. — Per esempio, se dopo avere legato tale cosa a Pietro, dichiaro darla a voi, laddove sposiate tale persona, ed il matrimonio non si faccia, è chiaro che giammai vi è stata alienazione nè in fatto, nè in dritto; allora non sarà più un'alienazione riputata inesistente dalla teoria di dritto, benchè veramente siesi fatta; sarà in vece un atto, che nel fatto stesso sarà stato mai sempre un progetto senza attuazione; io non ho tolto la casa al mio legatario, ho detto solo che gliela tòrrei allorchè si contraesse tal matrimonio; or questo non si è contratto.

II. — 178. I legati universali o a titolo universale, meno di quelli particolari van soggetti alla revoca del nostro articolo. Quando il testatore aliena tale o tal altra cosa speciale, il legatario di tutti i beni che il testatore lascerà, o d'una frazione di essi, troverà l'equivalente della alienata nel prezzo che ne è stato pagato, o nel nuovo oggetto acquistato in cambio. Se l'alienazione sia nulla o rivocabile, troverà la cosa stessa o in natura nel patrimonio, o mercè l'azione che gli competerà per rivendicarla. Nulla di manco questa revoca talvolta nuocerà a' legatari di cui parliamo. Se l'alienazione sia valida ed a titolo gratuito, è chiaro che la cosa sarà perduta per tali legatarî. Se si tratti di un legatario a titolo universale di certa specie di beni, per esempio di tutti gl'immobili, l'alienazione valida di uno o più dei detti immobili fatti per valori mobiliari sminuirà di altrettanto il suo legato, se gli stabili sieno stati alienati per danaro, e non fossero dappoi rientrati nel patrimonio del venditore, e neppure se ne fossero acquistati degli altri, il legatario non avrà cosa alcuna.

Finalmente, giusta il nostro articolo un legato anco universale sarà interamente rivocato senza speranza di produrre dipoi alcun effetto, se il testatore facesse un'istituzione contrattuale di tutti i beni (articolo 1082 (1038)).

III. — 179. Il Codice non accenna altre cause di rivocazione tacita tranne che 1° la formazione di un testamento posteriore, con cui nel pensiero del dispositore le disposizioni precedenti sono inconciliabili; e 2° l'alienazione di fatto della cosa legata. Impertanto ve n'ha una terza, e senza dubbio se il Codice non l'ha indicata perchè, propriamente parlando, non è una semplice rivocazione, e perchè ha tale energia che senza necessità di apposita prescrizione, non può esser caso di dubbiezza. Parliamo della soppressione materiale o legale, dell'atto testamentario.

Così, se dopo fatto un olografo il testatore lo bruci, lo laceri o il cancelli, o se cassi solamente la firma o la data, è chiaro che non v'ha più testamento. Che se poi il testamento olografo si fosse fatto in parecchi esemplari, ed il testatore ne lasci uno intatto, la distruzione delle altre copie evidentemente non produrrà effetto.

Se il testamento fosse mistico, ed il testatore distrugga l'involucro lasciando sussistere la scritta interna, tale scritta varrà sempre come olografo, purchè n'abbia i caratteri; nel caso opposto, non vi sarà più testamento. Quando il testatore avesse rotto soltanto i suggelli del testamento mistico, converrà distinguere: se la scrittura interna sia nel foglio medesimo dell'atto di soprascrizione, se si abbia la certezza che lo scritto sia quel desso presentato al notaro, e che le formalità costitutive del testamento mistico siensi d'altronde adempite, noi opiniamo che il testamento debba valere. Che se lo stato dell'involucro non possa più provare lo adempimento delle stanziate formalità, o se lo scritto interno trovisi sopra un foglio diverso dall'involto (il che non farà più

vedere se sia quello acchiusovi dapprima), il testamento non potrà avere legale esistenza.

Se il testamento fosse pubblico, la combustione, la lacerazione, o la cancellatura di una spedizione non nuocerebbe punto all'effetto del testamento, perchè il testamento sta nella minuta di cui la spedizione non è che una copia. Ma se il testatore fosse ito dal notaro ad impossessarsi della minuta, o l'avesse distratto o cancellata, allora neppure di certo sarebbevi testamento.

180. Le sposte idee si applicherebbero del pari se i fatti suddetti fossero mandati ad effetto di una persona diversa dal testatore ; per esempio , dall' erede. Se non che in tal caso provando il legatario che l'atto reso inutile era fatto in pro di lui, gli sarebbero dovuti i danni-interessi; i quali consisterebbero nello equivalente del valore del legato se fosse conosciuto; laddove fosse ignoto, potrebbe secondo i casi elevarsi sino al valsente di tutta la quota disponibile.

IV. — 181. Poniamo fine a questo argomento della rivocazione de' legati con una osservazione rilevante.

I testamenti possono contenere alcune clausole che non costituiscono disposizioni di ultima volontà nè sono rivocabili come quelle. Così si è potuto in un testamento confessare un debito o riconoscere un figlio naturale. Gli è manifesto che in tal caso, la revoca del testamento, sia per una dichiarazione notarile , sia per un testamento posteriore, sia per una alienazione de' beni donati, non nuocerebbe affatto allo effetto delle clausole di cui è discorso: il creditore presso di cui sarebbe l'atto che contenga la confessione del debito, il figlio di cui nel testamento (purchè autentico) fosse provata la filiazione, potrebbero sempre invocare tal titolo; perchè se alcuni legati possono rivocarsi, non lo sono di certo la confessione di un debito o la riconoscenza del figlio , e l'atto sarebbe allora invocato, non già come testamento, ma come una scrittura che provi la filiazione o il debito.

I legati possono sempre rivocarsi , rispetto a' testamenti considerati come tali; e noi abbiamo già detto che tutte le clausole per le quali un testatore volesse derogare tal facoltà, dichiarandolo anticipatamente nulla la revoca che ei potrebbe fare appresso, sarebbero radicalmente nulle.

182. Vedremo più innanzi (art. 1046, 1047 (1001. 1002)) come la revoca possa incorrersi per fatto del legatario, e senza che il testatore muti volontà.

§ 2. — *Della caducità dei legati e del dritto di accrescimento.*

1039 (994). — Qualunque disposizione testamentaria sarà senza effetto, se quegli in favor del quale è stata fatta non sia sopravvissuto al testatore. *

183. Un legato è *caduco*, cade *(cado, cadere)* quando rimane senza effetto, sebbene in se stesso valido e senza alcuna revoca.

Vi ha quattro cause di caducità delle quali la prima ci è indicata dal nostro e dai due seguenti articoli, cioè la premorienza del legatario.

Di fatti dall' essere il legato un semplice progetto in vita del testatore , che diventa un atto di disposizione per la morte del disponente (V. art. 895 (815), n. II), conseguita che colui che al tempo della morte più non esiste, non può vantaggiarsi di quella disposizione fatta dopo la sua morte, non potendo chi non è più raccogliere nulla, nè profittare di alcuna cosa. E siccome il legato, come lo affetto che

* — La premorienza dell'erede istituito non dà luogo a caducità del testamento olografo, quando il testatore abbia in seguito surrogata altra persona con postilla marginale scritta, datata e sottoscritta. C. S. di Napoli, 7 dicembre 1847.

lo ha dettato, è essenzialmente personale a chi si fa, non può, se da quello non raccolto, da verun altro esserlo, e diventa caduco. Quando il legatario sopravvive, anche di pochi momenti, al testatore, il legato gli appartiene, e trasmettesi per la sua morte ai suoi eredi, legatari od altri successori, i quali dovranno far la prova che quegli sia sopravvissuto (articolo 135 (141)). — Senza fallo, secondo l'osservazione di Toullier (V-672) il testatore, avuto riguardo alla premorienza del suo legatario, può dire che egli fa il suo legato « per Pietro o in sua mancanza *pei suoi eredi*, » e allora la premorienza di Pietro farà passare il legato ai suoi rappresentanti; ma non dee dirsi con Coin-Delisle (n. 3) che in tal caso si deroga alla regola generale, per la espressa volontà del testatore; qui puramente e semplicemente si applica la regola generale, essendo allora gli eredi gli stessi legatari, e chiamati personalmente sotto la condizione che Pietro non raccoglierebbe.

184. Se il legato fosse fatto ad una persona morale o a qualunque titolare di un ufficio (a tal città, a tal comunità, a chi sarà sindaco di quel comune alla mia morte) sarebbe caduco secondo la regola ordinaria, se più non esistessero la persona morale, o l'ufficio; per mo' d'esempio, se la comunità fosse stata soppressa. Ben si comprende che si deciderebbe secondo le circostanze, in mancanza di positive espressioni, se il legato fatto al sindaco, al curato, al giudice di pace di quella città, si fa alla persona che truvasi nell'ufficio nel giorno in cui il testatore parla, o all'ufficio stesso, cioè a qualsiasi persona che ne sarà investita al tempo della morte.

1040 (995). — Ogni disposizione testamentaria fatta sotto una condizione dipendente da uno avvenimento incerto, e tale, che secondo la mente del testatore la data disposizione non debba eseguirsi, se non nel caso in cui sia, o no per succedere l'avvenimento, sarà privo d'effetto, quando l'erede istituito od il legatario muoja prima che siasi verificata la condizione.

1041 (996). — La condizione, che secondo la mente del testatore, non fa che sospendere l'adempimento della disposizione, non impedirà che l'erede istituito, od il legatario, abbiano un diritto acquisito e trasmissibile ai propri eredi.*

185. Quando il legato è condizionale, e la condizione non si è compita innanzi di morire il testatore, il dritto del legatario apresi e diventa trasmissibile ai suoi rappresentanti, non più dal giorno della morte ma da quando la condizione s'è adempita.

Se non che bisogna che l'avvenimento previsto sia veramente una condizione, cioè che sospenda la disposizione medesima, rendendone dubbia la esistenza; se l'avvenimento non rendendo incerta la esistenza del dritto, ne differisca solo la esecuzione, allora, nonostante la inesatta espressione dell'articolo 1041 (996), non sarebbe più una condizione, ma un termine. In quest'ultimo caso, il legato si aprirà sempre per la morte del testatore; e sebbene lo avvenimento si avveri dopo morto il legatario, il legato gli sarebbe sempre dovuto fin dall'apertura della successione, e sarebbe da lui trasmesso ai suoi rappresentanti.

La cosa adunque si restringe a conoscere

* Massime della C. S. di Napoli.

— Le condizioni apposte ne'testamenti non si retrotraggono al dì dell'aperta successione, come quelle apposte nelle convenzioni. Il legato della dote è subordinato alla condizione delle nozze. 25 luglio 1822.

Sebbene sia vero che il legato non cade quando l'inadempimento del modo o della condizione non dipende dal fatto del legatario, pure cessa questa regola quando il modo o la condizione non è nel solo interesse del legatario, ma della famiglia. 18 febbraro 1826.

— I legati o le istituzioni *sub condictione* si caducano ove il legatario o l'erede muoiano prima di verificarsi la condizione. 28 febbraro 1826.

— Nel legato della dote il diritto si acquista all'epoca delle nozze o del monacaggio, e non già nel tempo della disposizione. 3 dicembre 1830.

se al legato si è aggiunta una vera condizione o un termine, e il modo deve valutarsi unicamente secondo la volontà del defunto, e non già in se stesso, e secondo l'indole delle cose. Così se il defunto abbia fatto ad un giovane il legato di 10,000 franchi che dipenda dalla morte d'un vecchio cui lega una rendita vitalizia, si dovrebbe, riguardate le cose assolutamente e in se stesse, scorgere in quel legato una condizione; avvegnachè se è certa la morte del vecchio, è incerto se avverrà in vita del legatario, l'avvenimento da cui dipende il legato è dunque futuro ed incerto, il che costituisce la condizione secondo l'articolo 1158 (1111) (1). Ma ciò non basta; bisogna seguire la volontà del testatore, per conoscere se l'avvenimento sia stato o pur no una condizione. Il testatore ha riguardato la morte del legatario più vecchio, o come un avvenimento preventivo che dovrebbe aprire il dritto del legatario più giovane; o piuttosto ha riguardato semplicemente quella morte come il tempo in cui dovrebbe pagarsi il legato di 10,000 franchi. Tal quistione dovrà risolversi; e si deciderà, come tutte le altre somiglianti, coi termini del testamento, e, ove occorre, con tutte insieme le circostanze. Il potere un avvenimento futuro ed incerto, non essere già una condizione, spiega abbastanza come sia mal compilato l'articolo 1041 (996) il quale vuol dire: « L'avvenimento che sarebbe una condizione secondo le regole ordinarie, ma che non lo è nella intenzione del testatore... ».

Del resto per applicare l'articolo 1040 (995) è necessario che la condizione sia possibile e lecita; perchè altrimenti la condizione si terrebbe per non iscritta (articolo 900 (816)).

1042 (997). — Il legato sarà senza effetto, se la cosa legata è interamente perita durante la vita del testatore.

Si riterrà lo stesso, se è perita dopo la di lui morte senza fatto e colpa dell'erede, benchè questi sia stato costituito in mora per il rilascio, allorquando avrebbe dovuto egualmente perire presso del legatario.

SOMMARIO

I. Seconda causa di caducità indicata dal paragrafo 1: distruzione fisica, o giuridica della cosa legata innanzi di aprirsi il legato.

II. Il 2° paragrafo non prevede un caso di caducità, ed è affatto inutile nel Codice.

I. — 186. Il presente articolo col suo primo paragrafo ci indica la seconda causa di caducità, cioè la perdita della cosa legata, che avviene in vita del testatore; oppure dopo lui morto nei legati condizionali, ma innanzi di compirsi la condizione. L'articolo intende parlare di corpi certi e determinati (quella casa, quel mobile, quel cavallo, ecc.) e non già di cose legate in *genere* (una somma di..... un cavallo in generale, ecc.); potendo in quest'ultimo caso perire la cosa, *genera non pereunt*.

Il legato è caduco per la perdita totale della cosa: se fosse invece parziale, il legato sarebbe solo assottigliato. Così, allorquando Tizio vi ha legato il legname del suo cantiere, e tre quarti o più ne sieno state bruciate da un incendio, vi toccherà quel che rimane; se vi ha legato la sua casa, ed essa è distrutta alla sua morte, a voi spettano il suolo e gli avanzi dei materiali, facendo il suolo certamente parte del legato.

(1) Così i Romani dicevano che un tempo futuro e non determinato fosse condizione nei testamenti, sebbene fosse stato un termine in tutti gli altri atti. *Dies incertus conditionem in testamento facit* (D. l. 35, t. 1, 85).

Ma parlando filosoficamente e giuridicamente, la cosa può essere totalmente perduta, e il legato sarà caduco, sebbene esso fisicamente e in fatto, esista in parte o anche intera.

Così, quando delle travi che Tizio vi ha legato, ne fo fabbricato un navilio, non vi sono più travi, ma un naviglio, e il vostro legato non ha più oggetto; se poscia che la cosa a voi legata sia distrutta, o a disegno o per caso fortuito, e Tizio l'abbia fatta sgombrare e messa ad oratro, e tramutata in un giardino, in un vigneto, ecc. non v' è più nè edificio nè suolo di edificio, ma un immobile rustico che non è affatto la cosa legata.—Similmente diremo che se legato un vigneto, un prato, un giardino, il testatore abbia converto il suo fondo di terra di una o più fabbriche, è caduco il legato per la perdita giuridica della cosa legata; perchè non più vigneto, giardino, fondo di terra, ma vi ha solo edifici.—Sarebbe diversa la cosa, ove sorgesse dai termini positivi del testamento o dal senso che lor si darebbe per tutte insieme le circostanze, che il testatore abbia voluto tribuire al legatario la tal cosa, in tutti gli eventi, qual ne sia la forma e l'uso cui sia adoperata. Adunque la quistione se il legato sia caduco o efficace, sarà secondo i casi quistione intenzionale, punto di fatto.

187. Del resto, non importa che la cosa legata sia distrutta o dallo stesso testatore, o da altri, il legato non è più inefficace per volontà del testatore, come nella revoca, ma perchè la cosa più non esiste.—Se nondimeno quello pel fatto di cui il legato sia venuto meno, fosse appunto chi ne sia diventato debitore, ed avesse agito con frode, ad insaputa del testatore, noi opiniamo che fosse tenuto al ristoro dei danni-interessi equivalenti, per quel principio che « qualunque fatto che cagioni un danno, obbliga quello per colpa di cui è avvenuto a ristorarlo » (art. 1382 (1336)).

II.—188. Il secondo paragrafo dell'articolo è così inesatto quanto inutile nel Codice.—Quando la cosa che è l'oggetto d' un legato (non condizionale) sia fisicamente distrutta dopo la morte del testatore, non è più, che che ne dica Coin-Delisle, (n. 2 e 7) un caso di caducità. — Il legato caduco è quello che è senza effetto; ora il legato nel riferito caso, è stato al contrario, pienamente efficace, avendo trasferito nel legatario la proprietà della cosa fin dalla morte del testatore. Se il legatario ne abbia poi perduto la proprietà, gli è per una causa speciale ai legati, non già per caducità; l' ha perduto, del pari come se l' avesse acquistato per compra, per donazione, per successione, per permuta; l' ha perduto (come dice lo stesso Coin-Delisle; non scorgendo la contraddizione in cui rade) per quel semplice principio che la perdita di una cosa cade sul suo proprietario. *res perit domino*. Ma se il legatario era *dominus rei*, il legato quindi aveva avuto il suo effetto; esso non era quindi caduco.

Ciò che diciamo della inesattezza serve pure a mostrarne la inutilità. Perocchè il legatario perde allora la cosa per un principio generale e comune a tutti i casi possibili, non già per una regola speciale ai legati; in questo paragrafo non altro applicavasi che il dritto comune, e la disposizione qui stanziata a fin di determinare i rapporti dell' erede; o altri debitori del legato, rispetto al legatario, era la medesima regola cui va soggetto qualunque debitore di corpo certo, presso del quale la cosa perisce; il nostro paragrafo è una copia breve anticipata dell'art. 1302 (1256) che noi più innanzi spiegheremo.

Il legislatore ha identificato questo caso con quello di caducità essendo lo stesso il risultamento per il legatario; perchè il debitore di un corpo certo (tanto per legati che per altri casi) è affatto liberato, non essendo per fatto suo privato il creditore della cosa che doveva essergli consegnata.

Se fosse per fatto suo (anche senza colpa) il debitore non sarebbe liberato, e il legatario (come qualunque altro creditore) avrà dritto al prezzo della cosa: con maggior ragione, se è per colpa del debitore. Tutto ciò sarà meglio compreso colla spiegazione dell'art. 1302 (1256).

1043 (990).—La disposizione testamentaria sarà senza effetto, quando l' erede istituito od il legatario la ripudierà, o si ritroverà incapace a conseguirla.*

189. La legge qui espone le due ultime cause di caducità del legato e sono: 3. il rifiuto del legatario, e 4. la sua incapacità di raccogliere; indi passa ai casi in cui il legato, caduco per quel legatario, non lo è assolutamente per lo accrescimento ammesso in vantaggio di altro legatario.

La caducità di un legato, quando può vantaggiare alcuno (perchè deriva da una causa diversa dalla distruzione della cosa legata) giova naturalmente a colui che ne era stato gravato (per lo più l' erede, delle volte un altro legatario) e che viene così dispensato di soddisfarlo. Ma può avvenire diversamente, cioè che il testatore attribuisca ad altri, ad un altro legatario, il vantaggio della caducità. La qual volontà è formale nella sostituzione volgare, cioè quando il testatore, facendo un legato a Pietro dichiara che se questi non lo raccolga, spetterà a Paolo (art. 898 (936)); è tacita almeno presunta dalla legge, quando il legato di una stessa cosa è fatto insiememente a più legatari; la parte dell'uno, diventando caduco, accrescesi agli altri.

1044 (999 M).— Si farà luogo al diritto di accrescimento a vantaggio dei legatari, nel caso in cui il legato sarà fatto a più persone congiuntamente.

Si riputerà fatto congiuntamente il legato quando dipenderà da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non avrà assegnata la parte di ciascun collegatario nella cosa legata.**

1045 (1000). — Si reputa anche fatto congiuntamente al legato, quando una cosa la quale non è divisibile senza deterioramento, sia stata collo stesso atto legata a più persone, anche separatamente.

SOMMARIO

I. Il dritto di accrescimento *che meglio si chiamerebbe dritto di* non-decrescimento, *non può derivar mai che dalla chiamata a tutta la cosa legata. Lo accrescimento avverrà*

*—Le quote caducate spettano agli eredi legittimi, e non già agli eredi naturali. C. S. di Nap. 3 aprile 1851.

** Il corrispondente art. 999 è così concepito: Avrà luogo il diritto di accrescere a vantaggio degli eredi e dei legatari, se l'istituzione o il legato è fatto a più persone congiuntamente.

Si reputa fatta congiuntamente l'istituzione o il legato, quando dipenda da una sola e medesima disposizione, e quando il testatore non abbia assegnato la parte di ciascun coerede o collegatario nella eredità o nella cosa legata.

Massime della C. S. di Napoli.

— La espressione *in ugual parte* non toglie la congiunzione de' legatari, ma bisogna assegnare rispettivamente le parti a ciascuno. 21 novembre 1822.

— Il diritto di accrescere ha luogo tra gli usufruttuari anche per le nostre leggi. — Ma non ha luogo nel caso dell'usufrutto causale. 15 marzo 1827.

— Tra l' usufruttuario, ed il proprietario congiunti in uno stesso legato universale, vi è il diritto di accrescere. 26 giugno 1828.

— Ne' legati di somma determinata, ancorchè la disposizione sia complessiva, non ha luogo il diritto di accrescimento. 28 febbraro 1852.

— Se tre individui sieno chiamati eredi dell'usufrutto col diritto di accrescere fra loro, ed un solo di essi erede nella proprietà; avvenuta la morte di uno degli usufruttuari ed accresciutasi agli altri la quota di costui, se poscia accade che muoia l' erede proprietario, l' usufrutto non passa agli eredi di costui, ma si accresce all' ultimo superstite fra' legatari dell' usufrutto. 12 luglio 1853 (Cam. riun.).

— L'assegnamento delle parti fa mancare quella chiamata collettiva e solidale che forma l'essenza della congiunzione mista, di cui si occupa l' articolo 999 delle leggi civili; epperò, caducata la disposizione per uno de' collegatari, la porzione rimasta vacante non potendo accrescersi agli altri collegatari per difetto di congiunzione, si appartiene per necessità di diritto agli eredi legittimi, 3 marzo 1855.

pure, oltre i due casi preveduti dalla legge, se la chiamata al tutto risulti dalle parole del testamento o da tutte insieme le circostanze.

II. Si stabilisce cotesta dottrina contro Proudhon da una mano; e dall'altra, contro Grenier, Toullier, Duranton, ecc. Antica teoria delle congiunzioni.

III. Il conoscere se un legato contenga o pur no uno assegnamento di parti, e se la cosa legata sia tale che divisa svilisca, sono quistioni di fatto che debbono decidersi secondo le circostanze, e di cui la soluzione sfugge alla censura della cassazione: dissenso col più degli scrittori e colla Corte suprema.

IV. L'accrescimento è necessario pei legatari che abbiano raccolto. — Esso non trasferisce o coloro che accettano i carichi imposti a coloro che mancono.— Si fa sempre per porzioni eguali fra tutti i legatari congiunti.—È trasmissibile agli credi.

V. Nei legati di usufrutto, l'accrescimento avviene pure quando tutti i collegatari hanno raccolto.—Contraria dottrina del più degli scrittori.—Confutazione.

I.—190. Nel titolo precedente abbiamo veduto che l'accrescimento (il cui nome è poco esatto perchè è piuttosto un *non decrescimento*) è il dritto di prendere, in una eredità o in un legato, una parte a cui siamo chiamati, ma che non avremmo avuto se tutti i cointeressati avessero raccolto; esso è stabilito per l'erede o il legatario, non già a dir di Cujacio, *ut plus habeat* ma *ne minus habeat*. Infatti la morte, la incapacità o il ripudio di un coerede o di un collegatario, non può di certo creare pei suoi cointeressati un dritto che prima non avrebbe avuto; a fin di raccogliere lo intero è necessario vi sia la chiamata al tutto, la quale pienamente non si effettuirebbe se tutti i chiamati raccogliessero, *quia concursu partes fiunt*.

Pertanto, onde conoscere se vi sia l'accrescimento in vantaggio di un successore, è necessario riguardare se questi fosse chiamato ad *totum*... Nessun dubbio per il successore *ab intestato*, essendo chiamato all'intera eredità, *nemo pro parte haeres*; per modo che l'accrescimento si effettua quando manchi il coerede (art. 786 (703)). Ma non è così per il successore testamentario, per il legatario sia universale o a titolo universale o particolare, poichè essi non hanno altro diritto che quello conferito loro dal testatore. Or il testatore chiamando due o tre legatari sia a tutti i suoi beni, o a' suoi immobili, ovvero ad una cosa particolare, avrà voluto forse attribuire a ciascuno un dritto a tutta la cosa (il quale sarebbe modificato nel suo esercizio dal concorso de' cointeressati), ma forse avrà voluto pure non dare a ciascuno dei legatari se non un dritto ad una frazione di essa. Dunque per vedere se la caducità del legato fatto ad un legatario produca o no l'accrescimento a pro del collegatario, fa d'uopo indagare quale sia stata la intenzione del testatore.

Tale intenzione non sarà mai dubbia e dovrà, qualunque ella sia, eseguirsi allorchè sarà stata formalmente espressa nel testamento.

Ma poichè i testatori raramente si danno la cura di manifestarla senza equivoco, il Codice, imitando in ciò il nostro antico dritto ed il dritto romano, ha stabilito alcune presunzioni, per modo che nei casi preveduti, l'intenzione di chiamare alla totalità sarà di pieno dritto presunta. Ecco ciò che si dice sull'obbietto.

191. Secondo l'art. 1044 (999 N) « vi sarà luogo all'accrescimento nel caso in cui il legato sarà fatto a più persone *congiuntamente* ».

Questo è il principio, questa la regola fondamentale, di senso un po' oscura ma che per altro non era necessario che si fosse espressa dal Codice. In vero essa significa che avverrà lo accrescimento allorquando più legatari saranno chiamati non a cose diverse, o a parti distinte di una medesima cosa, ma ad una cosa intera, per modo che i differenti legati abbiano in sostanza un solo e medesimo oggetto, in altri termini allorchè i varî legatari sieno chiamati al tutto. Ma quando i legati sono fatti congiuntamente? quando ciascuno dei diversi legatari chiamati alla

stessa cosa lo sia all'intero? Era in ciò la difficoltà, e per questo appunto il Codice ha stabilito le succennate presunzioni...

Il legato, esso dice, si reputerà fatto congiuntamente, vale a dire con la chiamata di ogni legatario alla totalità, quando si farà con una stessa disposizione, e non si assegnino le parti a ciascuno. Così « io lego il mio podere a Tizio ed a Cajo » (art. 1644 (999 M)); del pari si reputerà fatto congiuntamente, quando la cosa legata a più persone, con separata disposizione di un medesimo atto, non possa dividersi senza deterioramento. Per esempio « lego la mia casa di Sceaux (la quale non potrebbe dividersi senza perdita) a Tizio » ed in altro luogo dello stesso testamento « lego la mia casa di Sceaux a Cajo » (art. 1045 (1000)). In tali due casi si presume di pieno dritto che il testatore abbia conferito a ciascun legatario un dritto alla totalità, e se uno de' chiamati premuoia, o sia incapace o ripudi il succedere, l'altro legatario prenderà solo il podere o la casa. I loro legati si reputano essersi fatti congiuntamente, e l'accrescimento avviene. Quindi la circostanza che i legatari sieno chiamati con una sola e medesima clausola (benchè la cosa possa facilmente dividersi), ovvero l'altra circostanza di essersi attribuito a più legatari nello stesso testamento una cosa non divisibile senza deterioramento (ancorchè i legati sieno separati) prova agli occhi della legge che il testatore abbia voluto chiamare ciascuno all'intero.

Negli altri casi possibili, i legati non si reputano di pieno dritto fatti congiuntamente; non più si presume la volontà (la quale effettua lo accrescimento) di chiamare ogni legatario alla totalità, ma fa d'uopo provarsi o con le parole formali del testamento, o col complesso delle circostanze.

II. — 192. Ma non si creda che la nostra dottrina la quale pare sia adottata da Coin-Delisle (N. 3 e 13), venga generalmente seguita. Proudhon indotto in errore dalle tradizioni dell'antica giurisprudenza, ha dato a' nostri due articoli un'interpretazione quanto inammessibile tanto ingegnosa; il più degli altri autori, mentre rigettano il suo sistema, lasciando agli articoli 1044 e 1045 (999 M e 1000) il loro senso vero, imbattono in un altro errore, insegnando che i detti articoli ristringano rigorosamente il dritto di accrescere ai due casi preveduti. Prima di svolgere cotali dottrine, facciamo un cenno degli antichi principî onde derivano.

Fu già tempo in cui per decidersi se vi era o no dritto di accrescere fra più legatari, riguardavasi (secondo le romane tradizioni più o meno ben comprese) se dessi fossero uniti, congiunti; 1. mercè la cosa legata ed insieme le parole del testamento *re et verbis*; o 2. mercè la cosa solamente, *re tantum*; o in fine 3 mercè le sole parole, *verbis tantum*. Eravi congiunzione, *re et verbis*, quando i legatari erano chiamati alla *cosa stessa* con una *stessa clausola* del testamento, e senza indicazione di parti « lego il fondo Corneliano a Tizio ed a Cajo ». — Si effettuiva la congiunzione *re tantum*, allorchè il legato di una medesima cosa a più legatari senza assegnamento di parti si fosse fatto con disposizioni separate « lego il fondo Corneliano a Tizio » ed altrove « lego il fondo Corneliano a Cajo ». — Finalmente la congiunzione *verbis tantum* avveniva quando i legatari chiamati con una medesima disposizione, aveano una parte separata nella cosa « lego il fondo Corneliano a Tizio ed a Cajo, a ciascuno per metà. »

La congiunzione *re*, o fosse sola o unita all'altra *verbis*, essendo la chiamata di più legatari alla medesima cosa, cioè il virtuale conferimento della cosa intera a ciascuno di essi, operava sempre l'accrescimento; cotalchè vi era accrescimento e per la congiunzione *re et verbis*, e per la congiunzione *re tantum*. Per l'opposito, la congiunzione *verbis tantum* dava argomento a lunghe dispute; ma molti giureconsulti aveano adottato una opinione, la quale consisteva nel distinguere se l'assegnazione delle parti versava sulla stessa disposizione (lego tal cosa a Tizio ed a Cajo, cia-

scuno nella metà), o solamente riferivasi alla sua esecuzione (lego tal cosa a Tizio ed a Cajo per dividersela in metà). Lo accrescimento effettuavasi non nel primo caso ma nel secondo, perchè opinavasi che il testatore avesse voluto chiamare ciascun legatario alla totalità, e parlato di porzioni prevedendo una divisione forzata e necessaria del concorso delle parti legatari. Si vede adunque che si ammetteva l' accrescimento nell'ultimo caso, perchè porgevasi nascosta sotto la congiunzione *verbis* una congiunzione *re*, di modo che a torto le si attribuiva il nome di congiunzione *verbis tantum*, essendo effettivamente *re et verbis*.

Così distinguevasi: 1. la congiunzione *re tantum*, la quale ingenerava l'accrescimento per la stessa virtù delle cose: 2. la congiunzione *re et verbis* che lo ingenerava a cagione della congiunzione *re* ivi contenuta; e 3. la congiunzione *verbis tantum* la quale se talvolta producevalo, avveniva perchè vi si celava la congiunzione *re*. Quella *re* pertanto producea lo accrescimento ovunque e sempre, e l'altra *verbis* pura non lo produceva giammai.

193. Proudhon (*Usufrutto*, capitolo 13) muovendo da siffatte idee ha dato ai nostri articoli 1044 e 1045 (999 M e 1000) una spiegazione che si riepiloga nel modo seguente: « L'art. 1044 (999 M) supponendo un legato fatto a parecchi con unica disposizione e senz' assegnazione di parti, offre evidentemente l' antica congiunzione *re et verbis*, e riproducendone gli antichi principi, ammette per tal caso lo accrescimento. L'art. 1045 (1000) parlando d'una cosa legata a diversi *col medesimo atto* dice mercè una *stessa disposizione*, *una sola frase del testamento*, e la parola *separatamente* è ivi sinonima di *un assegnamento di porzioni*. Dunque l'articolo prevede la congiunzione *verbis tantum*, cioè quella onde un tempo tanto discutossi; e troncando ogni disputa con una semplicissima distinzione, sancisce che l'accrescimento avrà o non avrà luogo secondo che la cosa non possa o possa dividersi senza deterioramento. Il Codice non ha parlato della congiunzione *re tantum*, perchè non era necessario, essendo fuori dubbio dover sempre produrre l'accrescimento. In fatti, la congiunzione *re et verbis* lo produce unicamente per effetto di quella *re* unita all'altra *verbis* e non già per virtù di quest'ultimo. In ciò scorgesi una conseguenza mediata, ma necessaria dell'articolo 1044 (999 M). Così 1. vi ha sempre accrescimento per la congiunzione *re et verbis* (art. 1044 (999 M)); 2. anche sempre per la congiunzione *re tantum* (conseguenza dell'art. 1044 (999 M) 3. infine avviene solo per la congiunzione *verbis tantum* quando la cosa non sia divisibile senza deterioramento (art. 1045 (1000)).

È questo il sistema di Proudhon, che sembra essere anche abbracciato da Demante (II. 427, 429).

193 *bis*. Se non che a noi pare erroneo; perocchè non può ammettersi senza rinunciare al senso delle parole, che *le* parole dello art. 1045 (1000) *col medesimo atto*, significhino *con la medesima frase del testamento*. Neppure è possibile approvare che la parola *separatamente* suoni *con assegnazione* di *porzioni*, poichè lo accrescimento non può risultare se non che dal diritto conferito sul tutto per volontà del testatore: or come riconoscere un dritto sull' intero allorchè il testatore abbia formalmente dichiarato che dava diritto ad una frazione ? Per esempio, ho legato la mia casa (la quale dividendosi svilirebbe di valore) a Pietro a Paolo e a Luigi, *ma solamente a ciascuno in una terza*; come pretendere che ognuno sia chiamato al tutto, e se manchino due legatari, il terzo avrà dritto alla intera casa?.... Quindi la interpretazione di Proudhon è stata rigettata dagli scrittori, i quali tutti hanno riconosciuto che nell'art. 1045 (1000) vi ha un legato fatto a molti non con *una medesima clausola* e *con assegnazione di porzioni*; ma con *un medesimo* testamento ed *in clausole separate*; che l'articolo riproduce non l'antica congiunzione

verbis tantum, ma l'antica congiunzione *re tantum* (1). Ma mentre tutti bandiscono che i nostri articoli non riproducono in niun modo le antiche idee che Proudhon crede trovarvi, nulladimeno il più di essi non sanno rinunziare a tali idee da loro riguardate come costituenti i veri principi: quindi opinano che l'accrescimento può essere invocato dai legatari solamente nei due casi indicati dai nostri articoli.

Se non che noi abbiamo veduto al n. 1° che non è questo il senso della legge. I due casi preveduti dai nostri articoli sono i soli in cui l'accrescimento si effettui *per presunzione di legge*; ma il Codice in nissun luogo aggiunge che sieno i soli in cui sia assolutamente possibile. Anzi i nostri articoli dicono il contrario. E veramente, vi si dice innanzi tutto che l'accrescimento avrà luogo ogni qual volta un legato *sarà fatto* congiuntamente; poscia si vengono indicando due casi nei quali vuolsi che sia tale *reputato*; or oltre a quei casi in cui il legato si *reputa* fatto congiuntamente di pieno dritto, e per presunzione di legge, non vi han forse tutti gli altri in cui la congiunzione dei legatari potrà essere stabilita in fatto benchè non sia presunta dalla legge?... Se dopo avere legato il mio campo a Pietro, dico in un'altra parte del testamento medesimo, o in un altro posteriore, che lo lego a Paolo *il quale ci avrà dritto congiuntamente con Pietro*, non è fuori dubbio che vi sarà allora una congiunzione non solo *reputata* giusta i nostri articoli, ma certa ed evidentissima? Non fuori dubbio che allora lo accrescimento dee necessariamente operarsi secondo il paragrafo 1° dell'artic. 1044 (999 M), il quale lo sancisce tutte le volte che il legato sia stato fatto a più persone congiuntamente? . . . Quindi la congiunzione e lo accrescimento che nel caso proposto risultano da una espressa dichiarazione del testatore, potranno in altri casi derivare da ben diverse circostanze.

Dunque la quistione di sapere se si effettui o pur no lo accrescimento, dipendendo unicamente dalla volontà del testatore, siccome noi abbiamo stabilito e tutti riconoscono, sarà sempre un esame di fatto, una quistione di volontà che spetta ai magistrati valutare. Nei due casi suddetti la intenzione è presunta di pieno dritto, ed i tribunali non potrebbero ricusarsi a dichiararla senza violare la legge; negli altri è devoluto ad essi giudicare in fatto se esista o pur no.

194. Checchè se ne dica, a noi sembra che la regola del Codice sia più saggia, più razionale del sistema matematico ed assoluto del nostro antico dritto..... In un primo testamento Pietro lega il suo patrimonio a Tizio, in un altro posteriore dichiara che lo lega a Cajo; vi hanno in tal caso due legatari chiamati con separate disposizioni alla medesima cosa, ed essendo dunque una congiunzione *re tantum*, vi sarebbe sempre luogo ad accrescimento... Ma chi assicura che all'opposto il secondo legato non fosse giusta la mente del testatore, una revoca del primo, e che perciò il legato di Tizio sarebbe nullo, quantunque quello di Cajo fosse caduco?.. Chi assicura che il testatore non abbia voluto trasformare la prima disposizione in semplice legato a titolo universale, dando a ciascuno de' legatari un dritto alla metà de' suoi beni?... È lo stesso dei legati particolari: quando il testatore conferisce a Tizio il podere che avea dato a Cajo in un precedente testamento, può senza dubbio intendersi aver voluto conferire a ciascuno un dritto all'intero, ma può del pari significare che voglia chiamare ciascuno alla metà della cosa, o finalmente che abbia revocato interamente il primo legato. Come decidere dunque quistione di volontà con regole generali, assolute e stabilite *a priori*?... Fa d'uopo all'opposito per giudicarne, consultare il contesto dei testamenti, ed il complesso dei fatti; che se una critica dovesse farsi alla legge, la si dovrebbe per aver lasciato sussistere ancora per due casi coteste regole gene-

(1) Grenier (n. 350) Toullier e Duvergier (V-688) Delvincourt, Duranton (IX, 508).

rali, le quali non che assicurare la volontà del disponente dagli errori dei giudici, riescono sovente a violarla.

Del resto, la legge essendo formale in tali due casi, bisognerà osservarla. Ma eccettone questi, gli altri casi saranno unicamente quistioni di fatto.

III.—195. Medesimamente sono quistioni di ugual natura il sapere se un legato fatto a più persone contenga o no un assegnamento di parti; se la cosa legata possa o no deteriorarsi dividendosi.

Non è dubbio per la quistione dello svilimento, poichè spetta a' magistrati decidere se la divisione della cosa ne diminuisse il valore, e su di ciò le Corti di appello sarebbero sovrane.

Ma potrà dirsi il medesimo in considerare attentamente l'altra quistione intorno all'assegnamento di parti, quantunque la Corte suprema avesse da gran tempo adottato una dottrina contraria. Veramente, quando una Corte di appello valutando le parole adoperate dal testatore, abbia deciso che contengono un assegnamento di parti, e ricusato perciò lo accrescimento, avrà potuto forse giudicar male; ma certamente non violare alcuna regola del Codice... la legge ordina di ammettere lo accrescimento nel caso che non siensi assegnate le parti a ciascun collegatario; la Corte ha negato l'accrescimento giudicando, bene o male, che l'assegnamento delle parti erasi fatto; certo che non ha violato alcuna legge. Ma noi non potremmo comprendere come siensi potute annullare decisioni di tal fatta (1).

È anche indubitatamente una quistione ed assai dibattota quest'altra, se debba ravvisarsi un assegnamento di parti allorchè la indicazione del reparto leggasi non nella frase che crea il dritto de' legatarî, ma in quella che prevede la esecuzione di tal dritto; se non che tale quistione è tutta in fatto, e la Corte suprema occupandosene, obblia il suo ufficio appartenendo ciò solamente alle Corti d'appello...Diciamo esser la quistione dibattuta, perchè se il testatore in vece di dire: « lego il fondo Corneliano a Pietro ed a Paolo in uguali porzioni » avesse detto « lego il fondo Corneliano a Pietro e a Paolo per dividerlo in ugnali porzioni » Toullier (n. 691), Favard (v. *Test.*) e Duranton (n. 505 507) insegnano che in ciò non v'ha assegnamento di parti: dicono che le parole *per uguali porzioni* invece di versare sulle parole, cioè sull'attribuzione del dritto, sulla stessa disposizione, versano su quelle *per dividere*, val a punto dire solamente sulla esecuzione della disposizione. Allora due sono i membri della frase, il secondo prevede la esecuzione del legato e supponendo naturalmente il concorso dei legatarî, segna la divisione che dovrà seguire *concursu partes fiunt*; ma poichè nel primo membro che costituisce il legato non leggesi alcun che di somigliante, dovrà certamente conchiudersi che il legato fu fatto senza assegnarne le parti. Questa dottrina per altro è rifermata dalle tre sopra citate decisioni della cassazione. All'opposito. Delvincourt, Proudhon (*Usuf.*, n. 703 720). Dalloz (cap. 9, sez. 4) e Vazeille (art. 1044 (999 M) n. 4) sostengono che l'art. 1044 (999 M) negando l'accrescimento allorchè vi ha assegnamento di parti non prescrive il modo di cotale indicazione, onde è che appena dessa sia scritta o nel principio o al termine della frasi, deesi affermare che esiste sempre.

Noi crediamo con Coin-Delisle (n. 7) che sì gli uni che gli altri abbian torto nel volere risolvere la quistione in un modo assoluto, essendo al contrario, una quistione di volontà, la cui decisione dipende dalle circostanze... Come pretendere che un mercante, un coltivatore, ed anche un uomo di affari rilevi una differenza sì sostanziale tra le parole « lego i miei beni a Pietro ed a Paolo ciascuno per metà » e le altre « lego i miei beni a Pietro e a Paolo per dividerli in metà per ciascuno? » Forse che tale differenza vera quanto si voglia, non sarebbe impercettibile a nove decimi dei cittadini? Dun-

(1) Cassaz., 18 ottob. 1808; 14 marzo 1815; 18 dic. 1832 (Devill. 33, 1, 36).

que poichè tutto dipende dalla intenzione, lasciate che il giudice di ciascun fatto speciale la desuma dal grado e dal genere d'istruzione del testatore, dalla più o meno grande precisione delle sue consuete scritture, e soprattutto dal testamento, dal raffronto delle varie parti di esso, in breve dal complesso delle circostanze; astenetevi quindi dallo stabilire *a priori* una regola inflessibile, la quale sarà novanta volte su cento falsa (1).

IV.—196. In generale sembraci che non siesi mai abbastanza compreso il gran principio, essere lo accrescimento non altro in sostanza che un non-decrescimento; essere stabilito, al dir di Cujacio non già affinchè il legatario *abbia più* di quello che eragli stato dato, ma solamente onde *non abbia meno*; essere semplicemente la conseguenza dell'avere ciascun collegatario dritto alla totalità della cosa legata. Se tale idea razionale, la quale solamente può offrire presso noi una base alla teorica dell' accrescimento, fosse ben compresa, basterebbe senza fallo a risolvere di leggieri ed in modo soddisfacente le svariate quistioni che questa materia può ingenerare. Le quali a torto voglionsi decise con regole romane scritte in tempi diversi, per materie pur diverse, e talvolta con vedute contraddittorie.

Così, si ammette generalmente che lo accrescimento per colui che trovisi chiamato a raccoglierlo sia facultativo. Una cosa è stata legata congiuntamente a Pietro ed a Paolo; Pietro accetta, e ne prende una metà lasciando l'altra pel suo collegatario che la rifiuta. Potrà Pietro ritenendo la prima metà ricusare di unirvi la seconda? Secondo noi, no; poichè Pietro era chiamato al tutto, l'oggetto del legato era la cosa intera, sicchè accettandolo, egli avrà accettato il tutto.

Così ancora si dubita se l'accrescimento imponga a colui cui giova, i pesi addossati al collegatario che manca: il testatore dice « lego il mio podere a Pietro ed a Paolo, obbligando quest' ultimo a pagare una rendita vitalizia di 200 fr. ad N, prendendo Pietro solo il podere per la caducità del legato di Paolo, sarà obbligato a pagare la rendita? Toullier (n. 695), Proudhon (*Usuf.*, n. 643) ed altri con essi rispondono del sì; ma a noi per contrario come anche a Delvincourt e a Duranton (n. 517) sembra certa la negativa. E veramente Paolo solo era obbligato al peso del pagamento della rendita; s' egli avesse raccolto il tutto (per cagione della caducità di Pietro) o la metà, certo sarebbe stato tenuto a soddisfare il carico; ma essendo la chiamata di Pietro al tutto senza alcun peso, non lo si potrà certamente obbligare a cosa alcuna. Per obbligarnelo sarebbe necessario che il peso non fosse imposto soltanto al legatario che manca, ma congiuntamente siccome il legato in sè stesso. Così quando io dico: « Lego il mio podere a Pietro ed a Paolo purchè paghino una rendita di 200 fr. a N. » il peso si è imposto a Pietro che a Paolo; ed essendo congiuntamente, obbliga ambidue per l' intero; se ciascuno prenderà la metà del podere, pagherà del pari la metà della rendita; se all' opposito per la mancanza di uno, all' altro solo toccherà il podere, questi pagherà l' intera rendita. In breve, siccome lo accrescimento non conferisce al legatario più di quello cui avea diritto *ab initio*, e non può attribuirgli quello a cui non fu personalmente chiamato, così del pari non può addossare su lui i pesi imposti altrui, ai quali non era stato personalmente sottoposto.

197. Si dubita inoltre, nel caso in cui lo accrescimento debba profittare a molti collegatari, in quale proporzione e secondo quali regole dovrà dividersi il beneficio fra loro. Se il testatore in un primo testamento avesse detto: « lego i miei beni di Choisy a Pietro, a Paolo, ed a Filippo » poscia in un altro posteriore dicesse: « Lego i miei beni di Choisy a Giacomo, Giovanni e Giulio, i quali li prenderanno congiuntamente a Pietro, Paolo e Filip-

(1) V. Tolosa 31 luglio 1828; Rig. 19 genn. 1830.

po (1) » come si farà la divisione dei beni fra gli altri cinque, se Pietro non raccoglierà?

Parecchi giureconsulti, e specialmente Duranton (n. 515), vanno in sentenza che Paolo e Filippo essendo congiunti col legatario decaduto per la cosa e per le parole insieme, mentre gli altri tre lo sono per la cosa unicamente, i primi debbano esser preferiti agli ultimi. Quindi solo essi vantaggiano della caducità di Pietro prendendo ciascuno una metà de' beni, (cioè il quarto) dividendosi gli altri tre l' altra metà in tre parti (una sesta per ciascuno). Quindi potrebbe operarsi l' accrescimento in vantaggio di Giacomo e consorti, solamente quando Paolo o Filippo incorressero nella caducità siccome Pietro... Noi francamente disapproviamo colesta dottrina. I dritti de' legatari, sieno congionti *re et verbis simul*, o lo sieno *re tantum*, sono sempre gli stessi; ciascuno è sempre chiamato a tutta la cosa legata; per modo che, avendo ciascuno un dritto uguale a quello degli altri, ne consegue, che la ripartizione si debba eseguire fra tutti in ugual parte, qualunque fosse il numero di coloro che accettano: nella nostra specie dunque ciascuno prenderà un quinto.

Si è dubitato in fine se il dritto allo accrescimento si tramandi agli eredi. Per esempio, si sono legati a Pietro e a Filippo 30,000 fr. Pietro muore dopo avere accettato o per lo meno senza avere ricusato, e perciò trasmettendo al suo erede il legato, Paolo accetta anch' egli dopo Pietro, e quindi Filippo rinunzia. Si dirà forse che essendo al momento della caducità di Filippo, morto Pietro, e Paolo solo vivente, l' accrescimento avverrà solamente per lui di guisa che egli avrà 20.000 fr. e lo erede di Pietro non potrà avere che i fr. 10,000 raccolti dal suo autore? No certamente. Pietro raccogliendo il suo legato, il suo dritto l' ha trasmesso all' erede (art. 1014 (968)); or il legato, non altrimenti che quello di Paolo e di Filippo versava sul tutto, cioè su 30,000 fr., dunque l' erede di Pietro ha dritto ai 30,000 fr., non meno che Paolo; e poichè per il rifiuto di Filippo la divisione avviene fra due e non fra tre, Paolo e l'erede di Pietro avranno quindi ciascuno 15.000 fr.

198. Queste varie soluzioni, come ben si scorge, sono semplicissime conseguenze del principio evidente, che ciascuno dei legatari congiunti sia chiamato alla totalità della cosa legata, e che la congiunzione sta appunto in questa chiamata al tutto.

V.—199. Ci resta a trattare su questa materia dell'accrescimento, un ultimo punto abbastanza delicato, cioè, se nei legati di *usufrutto* possa pure farsi l' accrescimento, posciacchè tutti i legatari congiunti abbiano raccolto. Così a Pietro e Paolo congiuntamente sia stato legato l'usufrutto di un podere; l' uno e l' altro abbiano raccolto il legato; ciascun di loro abbia avuto il godimento di una metà del podere; e dopo uno o due anni Paolo muoja. In tal caso, prenderà Paolo fino alla sua morte l' usufrutto dell' intero podere, ovvero la parte del godimento che aveva il defunto legatario si congiungerà immediatamente alla nuda proprietà?

Il dritto all' accrescimento in pro del collegatario, era stato sempre riconosciuto nel dritto romano, e nel nostro dritto antico. Ma i nostri scrittori moderni, eccettone Coin-Delisle, hanno insegnato ciò non potere ammettersi sotto il Codice. « Il principio fondamentale in questa materia, essi dicono, si è che l' accrescimento non può avvenire che per le parti che non si raccolgono. Un tempo la cosa andava diversamente in caso di usufrutto, per eccezione e per effetto di una particolare regola che facea considerare l' usufrutto come una massa di dritti quotidiani succedentisi gli uni agli altri; dimodochè in

(1) Aggiungiamo le ultime parole affinchè non possa ravvisarsi nel secondo legato la revoca del primo. Ma lo effetto sarebbe sempre lo stesso, se pure coteste parole non esistessero, purchè fosse riconosciuto in fatto che non si faceva una sostituzione del secondo legato al primo, ma una congiunzione *re tantum* dei tre novelli legatari agli altri tre.

un legato di usufrutto si scorgevano altrettanti legati distinti, quanti i giorni in cui durava il dritto; *usufructus quotidie constituitur, quotidie legatur*. Così, dall'essere il dritto di ciascun giorno l'oggetto di un legato speciale, deriva che vi fosse caducità (in qualsiasi tempo morisse uno dei collegatari, e sebbene molto tempo dopo che abbia raccolto la sua parte di usufrutto) e quindi accrescimento per tutti i legati dei giorni posteriori alla sua morte. Or non essendosi in alcun luogo del Codice riprodotta questa romana sottigliezza, non si dà pur luogo alla eccezione (1) ».

Noi non adottiamo tal dottrina, parendoci che debba sempre mantenersi la decisione del dritto romano, e del nostro antico dritto; che la sottigliezza rimproverata alla legge romana non fosse, come si crede, la ragion di decidere, ma una semplice *spiegazione*, a cui potea facilmente sostituirsene altra tutta naturale, e che il preteso principio su cui si appoggia non sia affatto un principio ma un' idea secondaria, è vera pei legati di proprietà, falsa per quelli di usufrutto.

200. Difatti, quando il legato fatto a due individui, attribuisce ad ognuno la stessa cosa per l'intero, i due saranno evidentemente soggetti a un decrescimento inevitabile del loro dritto, se entrambi raccolgono; se l'uno poi non raccoglie, l'altro avrà intero il suo legato, ed è questo che mal nomasi *accrescimento*.

Ciò posto, gli effetti del legato saran diversi secondochè la cosa legata sarà la stessa proprietà ovvero l'usufrutto.

Se a Pietro ed a Paolo si è legato un podere, e tutti e due lo raccolgono, l'accrescimento non avverrà nè per l'uno, nè per l'altro, essendo ognuno ridotto alla sua metà, e vi sarà ridotto non solo per adesso ma *per sempre*. Che Paolo muoja due anni, un anno o otto giorni dopo di aver raccolto; il dritto da lui raccolto passerà al suo rappresentante, il quale, qualunque esso sia, non meno che la presenza dello stesso Paolo, impedirà l'accrescimento del dritto di Pietro; i rappresentanti successivi di Paolo (eredi legatari, donatari, compratori, e altri) continuano in perpetuo ad aver la proprietà che quegli aveva sulla metà del podere legato, e Pietro in perpetuo trova impossibile che il suo legato si estenda su tutto il podere. Dunque bene a ragione si dice che l'accettazione di tutti i collegatari renda impossibile l'accrescimento (nei legati di proprietà) assolutamente e per sempre. Ma, come ben si scorge, non è questo un principio, una proposizione stanziata *a priori* dal legislatore; al contrario è dessa una conseguenza, un risultamento della natura delle cose; dimodochè è falso il punto da cui muovono i nostri avversari; manca loro la base su cui fondano l'argomento. Vegghiamo ora ai legati di usufrutto.—Si è legato a Pietro e a Paolo congiuntamente, e a ciascuno per l'intero, l'usufrutto di un podere; se Paolo raccoglie insieme a Pietro, questi non può prendere per ora, che la metà dell'usufrutto, che è impossibile l'accrescimento, per ora, e finchè Paolo sarà in vita; ma se questi muore innanzi a Pietro, se il dritto di Paolo (che è affatto personale e non può passare ai suoi rappresentanti) si estingue, chi può dunque impedire che il dritto di Pietro si eserciti ormai nell'intiero, che Pietro abbia fino alla sua morte l'usufrutto dell'intero podere? Il testatore aveva detto a Pietro: « voglio che tu abbia sino alla tua morte l'usufrutto di tutto il mio podere » tal volontà, esistendo Paolo, non si è potuta sino ad ora effettuare; ma essendo ormai possibile, per qual ragione o pretesto non si dovrebbe recare ad effetto?

Quindi: 1° il principio fondamentale che s'invoca non esiste: essendo semplicemente il preteso principio la conseguenza di una impossibilità di fatto, la quale non ha luogo in caso di usufrutto: 2° la sot-

(1) Merlin (*Rep.*, v. *Usuf.*, § 5, art. 1), Grenier (n. 353), Toullier (V-699), Delvincourt, Proudhon (*Usufr.*, n. 675), Favard (v. *Test.*, sez. 3, § 3), Vazeille (art. 1044 (999 M, n. 11), Bugnet (*sopra Pothier*, VIII, p. 325).

tiglirzza di cui si mena tanto rumore, e che si scorge come il nostro mezzo di decidere, non entra nella quistione: 3° infine la soluzione che si dà come un' *eccezione* ha un principio immaginario; è al contrario l'applicazione di quel principio reale, e veramente fondamentale, che bisogna, quando nulla lo impedisce, seguirsi la volontà del testatore (1).

§ III.— *Della revoca incorsa per fatto del legatario.*

1046 (1001). — Le medesime cause che secondo l'art. 954 (878) e le due prime disposizioni dell'art. 955 (880) autorizzano a revocare la donazione tra vivi, saranno egualmente ammesse per chiedere la revocazione delle disposizioni testamentarie.*

1047 (1002). — Se questa domanda ha per fondamento una ingiuria grave fatta alla memoria del testatore, deve essere proposta fra l'anno da computarsi dal giorno dell' ingiuria.

SOMMARIO

I. Quattro cause di revoca.—Quanto duri l'ozione dei diversi casi: dissenso con Duranton. Il perdono del testatore non renderebbe ammissibile l'ozione che si fonda sull'ingratitudine.

II. Nessuna causa di revoca può essere aggiunta a quelle indicate dal testo. Del resto la revoca ha di necessità effetto retroattivo.

I. — 201. Sebbene le disposizioni testamentarie diventino irrevocabili, in principio, per la morte del testatore, pure la legge ha consentito che si possano far rivocare in quei casi, in cui il testatore le rivocherebbe, se fosse ancora tra vivi.

Essa prima lo permette (articolo 1046 (1001)) per le cause che farebbero rivocare una donazione fra vivi. Onde il legato potrà rivocarsi: 1. Per inadempimento delle condizioni, cioè, dei pesi imposti ai legatari (art. 954 (879)). 2. Per avere il legatario attentato alla vita del testatore (art. 955-1.° (880)) e 3. Per sevizie, delitti e ingiurie gravi commesse dallo stesso legatario contro il suo benefattore (articolo 955-2.° (880)). Non poteva farsi qui quistione dell' ultima delle cause indicate per le donazioni dall'art. 955 (880), cioè il rifiuto degli alimenti; avvegnachè, sic-

(1) *Conf. Rep. du J. du pal.* v. (*Subtil*, tit. 3, cap. 1, sez. 4); Aix, 11 giug. 1838; Rig. 1 giug. 1841 (Dev.,39, 2, 46; 41, 1, 851).—I motivi della seconda decisione sono di nessun rilievo. La camera dei ricorsi si fonda in ciò, che nella specie il dritto non era in vero un accrescimento, ma un non decrescimento; or come si è veduto dappertutto e sempre, tanto per la proprietà, che per l' usufrutto, l' accrescimento non è che un non decrescimento.

* Massime della Corte Suprema di Napoli.

— L'erede è tenuto alla celebrazione delle messe in virtù dell'obbligazione nascente dal testamento. — La commutazione o riduzione di esse fatta dal Pontefice non ha che fare coll' obbligazione suddetta, ma risguarda solo la coscienza. 26 aprile 1827.

— La penale della perdita del legato scritta nel caso di lite contro l'erede per la eredità, non si estende al caso in cui la lite abbia per oggetto diritti che i legatari esperimentino come i creditori. 30 agosto 1831.

— Il legatario che sperimenti le sue ragioni in giudizio contro l' eredità del defunto, non decaderà dal legato lasciatogli senza minaccia di decadenza, 14 gennaro 1832.

— Quando si è fatto legato di usufrutto dal marito alla moglie, con seconda chiamata nel caso che la legataria passasse a seconde nozze, queste verificate, si decade dal legato; e sposando il secondo chiamato, questi non è incapace di acquistarlo. 23 sett. 1851.

— Provato che la moglie, istituita dal marito legataria universale dei mobili, col peso di presentare un altro testamento anteriore, fatto in favore de' suoi nipoti, non ha potuto adempire a ciò perchè il marito ritirò quel testamento dalle mani di lei che ne era la depositaria, è legittima la conseguenza, che la legataria non abbia contravvenuto al volere del testatore, e che però non possa dirsi decaduta dal legato. 13 gennaro 1855.

come il legato diventa solo un atto di disposizione per la morte del testatore, che sola ne compie la liberalità. così il legatario non ha mai potuto con tal titolo essere obbligato a prestare gli alimenti all'autore della disposizione. Ma alle già indicate aggiungesi qui un'altra causa di revoca che non esiste per le donazioni, cioè la ingiuria grave verso la memoria del testatore (art. 2047 (1002)).

Il Codice ci dice, che in quest' ultimo caso l'azione sarà solo ammessibile per un anno da correre dal giorno del delitto; e noi teniamo per fermo, contro all'avviso del Duranton (IX, 480), che non si possa andare in là, e per analogia coll' articolo 957 (882) aggiungere « o dal giorno in cui il delitto sarebbe stato conosciuto dagli eredi ». Si tratta di pena fulminata contro l'ingratitudine; nè le pene si estendono per analogia. Il legislatore avrà senza fallo creduto che un' ingiuria *grave*, fatta alla *memoria* di una persona, supponga necessariamente un fatto che sia stato molto in voce, e che basterà sempre un anno agli eredi per conoscerlo, e deliberarsi, ed intentare l'azione.

202. La legge nell'indicarci la durata dell' azione per questo spezial caso, non l' indica per quelli preveduti dallo art. 1046 (1001). Da tal silenzio inferiamo che questi casi sien regolati dal dritto comune; e l' azione durerebbe trent'anni per la inesecuzione dei carichi; ed ove fossevi stato misfatto o delitto, durerebbe quanto l'azione principale per il misfatto o il delitto. Anche in ciò Duranton segue diversa sentenza (numero 479), e vuol sempre che l'azione sia d'un anno per analogia dell' art. 957 (882). Se non che la storia della compilazione del Codice non ci consente di accostarci all'opinione di lui. In fatti, il progetto conteneva il rimando dello art. 1046 (1001) (allora 134) all'art. 957 (882) (allora 63) pei casi di misfatto o delitto; la sezione legislativa soppresse il rimando pei delitti, lasciando sussistere nel suo articolo (divenuto 123) l'azione annuale per il caso di omicidio; ma nella discussione al Consiglio quest' ultima disposizione venne tolta via per la osservazione che fecero Treilhard e Tronchet, cioè « che sarebbe contrario all'ordine,che un assassino godesse delle spoglie della sua vittima, perciò che non fosse stato ricercato dentro un anno, e che l' azione deve avere la stessa durata, dell' azione criminale ». (Fenet, tomo II, pag. 295, artic. 154, tomo XII. pag. 400 art. 122-123 e pag. 402).

203. Del rimanente,l'azione non sarebbe più ammissibile, anche se scorso meno di un anno dal giorno del delitto o misfatto, il testatore avesse perdonato al colpevole; poichè, siccome la revoca si fonda sulla presunzione, che il testatore se pur vivesse la rivocherebbe egli stesso, così la rivocabilità verrebbe meno con la presunzione su cui si fonda, se fosse chiarito il fatto che il testatore abbia rimesso la colpa più o men grave commessa contro di lui.

II.—204.Ben si comprende d'altronde, che la revoca non potrebbe esser mai profferita per cause diverse da quelle che ci sono dai nostri articoli indicate. La è questa materia rigorosa, e non è lecito di estenderla oltre ai limiti segnati della legge; non basta esser probabile che il testatore se vivesse rivocherebbe; è necessario essere in uno dei casi, in cui il legislatore sul fondamento di quella probabilità ha permesso la revoca.

Così un testatore, che suppone di morire senza figli, lascia incinta la vedova; il nascere del postumo non potrebbe far rivocare il legato, sebbene di pieno dritto rivocherebbe una donazione fra vivi (articolo 960 (885)). Potrebbe solo darsi luogo a riduzione. — Così pure, sebbene il non avere denunziato l' omicidio del defunto rimuova dalla successione l'erede legittimo (art. 727-3° (648)), il legatario non potrebbe per la stessa causa esser privo del suo legato, almeno in senso assoluto; non potendo esserlo, se non quando le circostanze farebbero decidere in fatto che la mancanza della denunzia sia stata un'ingiuria grave alla memoria del testatore.

Si comprende parimente che la revoca

dichiarata retroagirebbe, onde terrebbesi il legatario indegno, come se mai nol fosse stato, siccome la indegnità profferita di un donatario, o di un erede fa sì, che legalmente essi non sieno stati mai nè l'uno, nè l'altro (art. 729 e 958 (652 883)). La indegnità appena chiarita fa riguardare il dritto dell'indegno come non mai esistito, tranne solo, siccome vedemmo, ciò che riguarda i terzi acquirenti (1).

CAPITOLO SESTO

DELLE DISPOSIZIONI PERMESSE IN FAVORE DEI NIPOTI DEL DONANTE O TESTATORE, O DEI FIGLI DEI SUOI FRATELLI E SORELLE.

205. Vedemmo nella 1ª parte di questo tomo (art. 896, 897 (941, 942) che si chiama appo noi *sostituzione fedecommessaria*, o semplicemente *sostituzione* la clausola con cui i donanti o testatori impongano a colui che gratificano il carico di conservar la cosa donata sino alla sua morte, onde poi trasmetterla ad una o più persone che i disponenti gratificano secondariamente; — che fino al 1560 cotali disposizioni eran permesse fino al decimo grado di sostituzione; — che l'ordinanza del 1560, confermata da quella del 1747, le restrinse a due gradi; — che la legge del 14 settembre 1792 le vietò assolutamente; — che il Codice civile, mantenendo in principio tal proibizione, è stato più severo della legge del 1792, dichiarando nulla insieme alla sostituzione la disposizione principale che la contiene; ma che *ha fatto una eccezione* a tal principio di nullità, facultando la sostituzione nell'art. 897 (942) in vantaggio dei nipoti del disponente, cioè in vantaggio dei figli di un donatario o legatario che sia egli stesso, o figlio, o fratello o sorella del disponente; — che finalmente la legge del 17 maggio 1826, *che aveva ampliato cotesta eccezione* è stata abrogata nei tempi della Repubblica colla legge degli 11 maggio 1849.

Deesi da noi qui spiegare *questa eccezione* al principio di nullità che era stato annunziata dall'art. 897 (942), e viene spiegata dai nostri art. 1048 (1003), e seguenti. — Noi studieremo prima gli articoli 1048-1050 (1003 1006) affin di conoscere quali sostituzioni sien permesse, facendo un cenno delle due leggi del 1826 e 1849 la seconda delle quali abrogò la prima, rimettendoci sotto le regole del Codice civile; — vedremo 2.° quali sieno i dritti del gravato, e dei chiamati, le cause e gli effetti dell'apertura delle sostituzioni; — 3.° i provvedimenti presi dalla legge nell'interesse dei chiamati; — 4.° infine i provvedimenti presi per gl'interessi dei terzi.

§ 1.° — *Quali sostituzioni fedecommessarie son permesse.*

1048 (1003) — I beni de' quali il padre e la madre hanno la facoltà di disporre, potranno essere da essi donati in tutto o in parte, ad uno o più de' loro figli, con atti tra vivi o d'ultima volontà, coll' obbligo di restituire questi beni ai figli nati, e da nascere nel primo grado soltanto, di essi donatari.*

1049 (1004) — In caso di morte senza figli, sarà valida la disposizione fatta dal defunto con atto tra vivi, o per testamento, a vantaggio d'uno, o più dei suoi fratelli o sorelle, di tutti o parte dei beni che non sono riservati dalla legge nella di lui eredità, con l'obbligo di restituire questi stessi beni ai figli di primo grado soltanto nati, ed a quelli da nascere, da essi fratelli o sorelle donatarie.

(1) Dijon, 9 giugno 1845; Rig., 22 giugno 1847 (Devill., 47, 1, 673).

* — Una disposizione fatta a norma degli articoli 1003 a 1006, è valida, ancorchè non siasi con-

— (1005).*

1050 (1006). — Le disposizioni permesse nei due precedenti articoli, non saranno valide, se non quando l'obbligo di restituzione sarà a vantaggio di tutti i figli del gravato, nati, o da nascere, senza eccezione, o preferenza d'età, o di sesso.**

SOMMARIO

I. La disposizione col carico di restituire può esser fatta: 1° da un padre. 2° da un fratello. 1° Da un padre. *Non può esserlo dall' avo: errore di Delvincourt, Duranton, ecc.*

II. Da un fratello. *È necessario che il fratello muoja senza figli; perchè. — Un figlio adottivo che resti alla morte, fa annullare la disposizione; ma non già i figli anche legittimi che rinunziano alla eredità: dissenso con Coin-Delisle. — La libertà così fatta in una donazione tra vivi, da un fratello senza figli, sarebbe rivocata per sopravvegnenza di figli: Errore di Toullier.*

III. Senso delle parole « di primo grado » nei nostri due articoli. Significano della prima generazione: *dissenso con Delvincourt, Duranton, ecc. — La sostituzione è permessa solo in vantaggio di tutti i figli.*

IV. Leggi del 1826 e 1849.

V. La sostituzione fedecommessaria può combinarsi colla volgare; ma questa non deve presumersi come sotto l' ordinanza del 1747.

I. — 206. Una sostituzione può farsi solo in una liberalità fatta da un padre, o da una madre ad uno o più dei suoi figli, o da un fratello o da una sorella ad uno o più dei suoi fratelli o sorelle.

È necessaria nel primo caso una liberalità fatta da un padre o da una madre al suo figlio; e si è in errore quando si dice (1) essere il medesimo da una liberalità fatta da un avo al nipote. L'articolo 1048 (1003), non parla che di *padri e madri* che danno ai *loro figli*; e siccome è questa un' eccezione, non si può andare in là dai suoi termini. Del resto il Tribunato aveva proposto aggiungersi alle parole « padri e madri... figli » queste altre « *ed altri ascendenti... e discendenti* » ma tale giunta non fu accolta (Fenet, XII, pag. 454); dimodocchè non può dirsi, come fa Duranton, esservi stata su ciò una *dimenticanza*. Neanco si può dire, che il cambiamento ha dovuto sembrare inutile, quando nella rubrica e nei diversi articoli del seguente capitolo, si parla di disposizioni fatte dal padre, dalla madre, e da *altri ascendenti* verso i loro figli e *discendenti*. Non si tratta dunque che del padre e della madre, come ha giudicato una recente decisione di Parigi (2).

II. — 207. Quando la disposizione è fatta da fratelli o sorelle, bisogna che chi la fa muoja senza figli. Così colui che lascia un figlio, e che potrebbe donare o legare a tal fratello, o a qualunque altro la metà del suo patrimonio (art. 913 (829)), non potrebbe poi fare a suo fratello veruna liberalità col carico della restituzione. Ciò facilmente si comprende. Le sostituzioni son guardate con nissun favore, in principio erano radicalmente nulle, e rendevano nulla la liberalità a carico di cui eran poste, — e il legislatore del 1804 ha solo consentito si ammettessero per eccezione, per un' alta considerazione morale. Così Tizio ha per unico erede un figlio sciupatore, che divenendo padrone di tutte le sostanze

ceduto al gravato l'usufrutto sua vita durante. C. S. di Napoli, 31 gennaro 1828.

* 1005. « I figli del gravato nei casi espressi nei due articoli antecedenti succederanno nei beni come sopra donati per proprio dritto, senza che il padre o la madre potessero imporvi loro alcun peso.

** — Una donazione a contemplazione di matrimonio fatta dal padre al figlio, ed ai figli maschi nascituri, chiamativi come figli e non come eredi, racchiude una sostituzione fedecommessaria, abolita dalle leggi in vigore. C. S. di Napoli, 30 settembre 1815.

(1) Delvincourt, Duranton (IX-525); Vazeille (articolo 1048 (1003), n. 3); *J. du Pal.* (*Rep.*, v. *Substit.*, tit. 2, cap. 2, sez. 1. § 4).

(2) Parigi, 20 ag. 1850; Dalloz, 51, 2, 41.

paterne non ne trasmetterà punto ai figli che lascerà morendo: la legge nello interesse dei figli nati, e dei nasciturì dal figlio sciupatore, permette che Tizio dia il suo disponibile al figlio, con obbligo di conservarlo per tutta la sua vita, onde alla sua morte trasmetterlo ai proprî figli — Sempronio che non ha figli, e di cui è erede presuntivo un fratello prodigo, potrà fare similmente rispetto al fratello, affin di assicurare ai figli nati e nasciturì da lui, il patrimonio che non avrebbero per la mala condotta del padre.

L'eccezione ammessa dai nostri articoli come si scorge, è solo nello interesse dei figli di colui che dovrebbe succedere *ab intestato* al disponente — lo posso donare con sostituzione ai miei figli, perchè dessi son miei eredi; posso donare similmente ai miei fratelli, quando non abbia figli, essendo dessi allora miei eredi; ma non posso così donare ai miei fratelli, se io lasci alla mia morte un figlio; dacchè questi sarebbe il mio solo erede, e la sostituzione non mirerebbe più ad aiutare le regole di successione legittima, garentendo il trasferimento dei miei beni ai figli di colui, che dev' essere mio erede. Perciò l'art. 1049 (1004) non dichiara valida la liberalità fatta ad un fratello con sostituzione, che nel *caso di morte senza figli* per parte del disponente.

Essendo questo il pensiero del Codice, è forza quindi riconoscere che la disposizione di un fratello sarebbe nulla, esistendo alla morte di lui un figlio adottivo; dacchè i beni passano *ab intestato* a questi e non già al fratello donatario o legatario (1). Indarno Coin-Delisle (n. 9) per ragione del contrario ci vien dicendo, che l'articolo 1049 (1004) non mira al conferimento di dritti successorî. Senza fallo quell'art. 1049 (1004) non conferisce alcun dritto successorio, ma dice, siccome pur vede Coin-Delisle (n. 7), che la liberalità fatta ad un fratello con sostituzione non è valida, che nel caso in cui il fratello sia erede del disponente; ma il fratello non lo è più, se il disponente lasci un figlio adottivo, avendo questi i medesimi dritti di successione che il figlio legittimo (art. 350) (274). Viceversa, e checchè pur ne dica Coin-Delisle (n. 10), sembraci evidente che la disposizione sarebbe valida sebbene il disponente lasciasse uno o più figli legittimi, se questi rinunciassero alla successione; avvegnacchè allora 1° il disponente morrebbe senza figli, rispetto alla sua successione, e alla disposizione de' beni; 2° sarebbe suo erede il fratello gravato di sostituzione, cotalchè vi sarebbe il pericolo di vedere sciupare il patrimonio (al qual pericolo nel sistema dei nostri articoli deve opporsi la sostituzione) come se non esistessero affatto figli. *

208. Del resto v'è un caso in cui la liberalità fatta al fratello con sostituzione, se lo fosse per donazione tra vivi, sarebbe nulla, sebbene il disponente non lasciasse alla morte alcun figlio; il che è sì evidente, che non l'avremmo pure notato se da un grave scrittore non si fosse negato. Vogliamo dire del caso in cui il donante,

(1) R. de Villargue (*Rep. de Fav.*, cap. 2, sezione 2); Dalloz (n. 6); *J. du P.*, sez. 1).

* Troplong, *Donaz. e Test.*, n. 2219.

« Quel che diciamo del figlio naturale riconosciuto, l'applichiamo al figlio adottivo. Per verità l'articolo 350 (274), C. Nap. accorda al figlio adottivo sulla successione dell'adottante gli stessi dritti che avrebbe il figlio nato in matrimonio.

« Ma vuolsi notare che non si tratta punto nello articolo 1049 (2005) di regolare i dritti successorî, questo testo non fa che stabilir le condizioni di validità d'una disposizione a titolo gratuito; onde tutta la quistione è di sapere se la filiazione convenzionale e fittizia dell'adottato crei un figlio nel senso dell'art. 1049 (1005).

« Allorchè abbiamo esaminato una quistione analoga nel comentare l'art. 960 (885), la quistione se l'adozione rivocasse le donazioni fatte dall'adottante, l'abbiam risoluta contro l'adottato, e ci siamo determinati per motivi che possono invocarsi qui, cioè che l'adozione è una finzione, che procede dalla volontà dell'uomo, e che non le si possono attribuire dei dritti eccezionali i quali provengono dalla natura, dal concepimento, e dal matrimonio».

2220. « Ei non bisogna considerar come morto senza figli il disponente che lascia dei figli, i quali rinunzino alla successione, o che ne sieno privati per ragion d'indegnità. Questo punto è sì chiaro da non aver d'uopo di più ampie spiegazioni ».

senza figli al momento della donazione, ne avesse poi uno, che morrebbe innanzi a lui. Gli è manifesto che allora la donazione, non perchè contenga una sostituzione, ma perchè sia donazione fra vivi, sarebbe annullata per la sopravvegnenza del figlio, articolo 960 (885), non potendo farla rinascere la nascita posteriore di tal figlio (art. 964 (889)).

È strano che Toullier (V, 797) abbia potuto dire che la donazione sarebbe in tal caso mantenuta, e che l'articolo 1049 (1004) faccia eccezione all'art. 960 (885) per favorire le sostituzioni. Una donazione gravata di sostituzione riman valida quando fosse nulla una donazione ordinaria! Una nullità che colpisce tutte le donazioni, quelle pure fatte in favore del matrimonio, sparirebbe, *affin di favorire le sostituzioni*, le sostituzioni che sono dal Codice tanto severamente riprovate! In vero è cosa da non credersi. Ove ci mena il dimenticare la regola così semplice ed elementare, doversi cioè una proposizione sempre intendere, *secundum subiectam materiam*, guardando alla materia di cui si tratta! Non parliamo qui delle cause di revoca; e il nostro capitolo lascia intatti per fermo tutti i principi dianzi stanziati, tanto per la revoca delle donazioni (quando la sostituzione è una donazione), quanto sulla revoca dei testamenti (quando dessa è in un testamento). Qui trattiamo del caso in cui può farsi la sostituzione; e si dice, che lo si possa nella liberalità di un fratello, se l'uno non ha figli che tolgano all'altro di essergli erede. Ma certamente bisogna oltre a ciò, e innanzi tutto, che la vostra liberalità non sia nulla. — Lo stesso Duvergier nelle sue note tassa anche di errore Toullier.

III. — **209.** È stato argomento di controversia, sebbene a noi sembri un punto semplicissimo, il conoscere il senso delle parole... « *nel primo grado solamente* ».

Secondo Delvincourt, queste parole potrebbero significare « nel primo grado di *sostituzione*, con un solo grado di sostituzione » per modo che la disposizione sarebbe valida per ciò solo che contenesse una volta sola l'obbligo di conservare e restituire, e che i chiamati non sarebbero tenuti a loro volta di conservare per altri, qual che si fosse d'altronde il grado di parentela di essi chiamati. Così il padre potrebbe donare al figlio, o il fratello al fratello col carico di restituire o ai figli, o se gli piacesse meglio, ai nipoti del donatario.

Tutti gli altri scrittori non adottano cotal dottrina, riconoscendo di trattarsi nei due articoli del grado di *parentela*; ma si dividono in due schiere. Secondo gli uni, quelle parole significherebbero « nel grado più prossimo (in fatto); » cotalchè se il donatario non avesse più figli, ma solamente nipoti, il carico di restituire potrebbe stabilirsi in vantaggio dei nipoti (pronipoti del disponente). Gli altri, per lo incontro, insegnano che quelle parole indichino il primo grado di generazione, la qual dottrina noi affermiamo essere la sola vera (1).

210. È manifesto dapprima, che si tratta del grado di parentela, e non di quello di sostituzione: ciò è abbastanza provato dallo spirito, e dal testo dei nostri articoli. Che le ordinanze del 1560 e del 1547 abbiano parlato di gradi di sostituzione, era ben naturale, dacchè esse eran fatte appunto per istabilire i limiti delle sostituzioni graduali, permesse prima senza alcuna determinazione (avvegnacchè non un testo di legge, ma solo la dottrina li arrestasse al decimo grado o dopo i cento anni); ma il Codice per l'opposito vieta severamente in principio tutte le sostituzioni, non permettendole, per eccezione, che in un caso speciale, in cui indica una sola classe, un solo ordine di chiamati, e quindi emerge chiaro esservi perciò stesso un sol grado di sostituzione, senzachè si fosse dovuto spiegare altrimenti. Così lo spirito del Codice dinota non potere essere che

(1) Toullier (X-726); Coin-Delisle (n. 4); *J. du Pal.* (*Rép.*, sez. 1); — contra: Maleville (art. 1051 (1007); Grenier (n. 809); Duranton (IX-526); Vazeille (art. 1048 (1003), n. 4).

gradi di parentela; ma il suo testo, il luogo occupato dalle parole surriferite non lo chiariscono ancora abbastanza? I due articoli ripetono l'un dopo l'altro: « con obbligo di restituire *ai figli nati e da nascere, nel primo grado di detti donatarii:* » non è egli palpabile che si tratti di figli che nascono nel primo grado, e non già di una sostituzione nel primo grado?

E dacchè trattasi di figli *che nascono in primo grado*, così il primo grado di generazione, e non già il grado (primo secondo o terzo) sarebbe il più prossimo in fatto, nè di presente preceduto da verun altro, dimodochè basterebbe il testo dei nostri articoli, perchè si rigetti la seconda opinione. E come può dubitarsene in faccia all'articolo 1051 (1007), il quale non permette la rappresentazione ai figli del secondo grado, se non che in concorrenza dei figli del primo? Se le considerazioni dei compilatori che valsero a far stabilire la sostituzione in vantaggio dei figli miravano altresì a favorire i nipoti del gravato, se si fosse voluto che in difetto di figli potessero essere chiamati i nipoti, sarebbe stato loro certamente lasciato il dritto di rappresentazione, dove premorissern tutti i figli del primo grado?

Il Codice, stabilita per principio una severa proibizione, ha voluto ammettere una eccezione per quanto ristretta fosse possibile; e dalle discussioni del Consiglio ben sorge con quanta avversione siasi ammessa tale eccezione, benchè così ristretta.

211. Notiamo infine, che l'obbligo di restituire non può mai versare che sopra i beni disponibili (art. 1048, 1049 (1003, 1004)), e che dev'essere in vantaggio di tutti i figli del gravato indistintamente (art. 1050 (1006)).—Se dunque l'obbligo fosse dato in vantaggio del primogenito solo, o dei figli maschi, o soltanto dei figli già nati, sarebbe nulla la sostituzione, e trarrebbe nella nullità la disposizione principale.

IV. —212. Nel 1826 il governo della Ristorazione, ben comprendendo, come nel 1806 lo comprese Napoleone, che una monarchia è solo durevole quando sia circondata d'istituzioni aristocratiche, che il principio di eguaglianza (e quindi di divisione del suolo) scritto nella nostra legge successoria, renda vieppiù sempre democratico il paese, e conferisca forzatamente a fare della monarchia costituzionale, un passaggio dalla pura monarchia alla vera aristocrazia (quasi ciò fosse possibile!), ad arrestare il corso delle cose e delle idee, proponeva il famoso progetto di legge sul dritto di primogenitura. Il qual progetto, avversato dalla pubblica opinione, fu pur rigettato dai Corpi legislativi, ma ciò non di manco uno dei suoi articoli relativo alle sostituzioni venne adottato, e promulgato il 17 maggio. Esso era così concepito:

« I beni di cui è permesso disporre giusta gli art. 913, 915 e 916 (829, 831, 832) del Codice civile potranno esser donati in tutto o in parte per atto tra vivi o per testamento con obbligo di restituirli ad uno, o più figli del donatario nati o da nascere, fino al duodecimo grado *inclusivamente* ».

Cotesta disposizione recava quattro cambiamenti al Codice. 1. la liberalità gravata di sostituzione, che poteva esser solo fatta dal padre del donatario, o dal suo fratello senza figli, potè esserlo da chiunque (e quindi da un fratello con figli, come da altra qualunque persona): 2. mentre l'obbligo di restituire non poteva esser dato che in vantaggio di tutti insieme i figli del donatario, potè esserlo in vantaggio di tutti o di alcuni o di uo solo, a libito del disponente: 3. mentre poteva solo essere in vantaggio dei suoi figli della prima generazione, potè esserlo per uno o più dei suoi *discendenti* di qualsiasi grado: 4. da ultimo, mentre prima poteva essere una sola volta, potè essere graduale, fatta a due gradi, cotalchè ciascun chiamato dopo avere raccolto dal gravato, fosse egli medesimo gravato a sua volta in vantaggio di altri chiamati.

Cotal legge contraria evidentemente agl'istinti della nazione, e che pur fu mantenuta dopo la rivoluzione del 1830, non poteva durare ancora dopo quella del 1848.

Difatti essa fu abrogata dalla legge degli 11 maggio 1849, la quale dopo colpiti i maggioraschi, come noi vedemmo sotto lo art. 896 (941 M), termina coi seguenti due articoli:

« Art. 8.—8. La legge del 17 maggio 1826 intorno alle sostituzioni è abrogata.

» Art. 9.—Le sostituzioni già stabilite son mantenute in vantaggio di tutti i chiamati, nati, o concepiti al tempo della promulgazione della presente legge.

» Quando una sostituzione sarà raccolta da uno o più dei chiamati di cui si è parlato, essa vantaggerà a tutti gli altri chiamati dello stesso grado, o ai loro rappresentanti in qualsiasi tempo fosse cominciata la loro esistenza ».

213.—Secondo questi articoli, cessata la legge del 1826, noi siamo tornati sotto l'impero del Codice civile; perchè sia valido l'obbligo di restituire una cosa donata è d'uopo venga imposto da un disponente che sia il padre o la madre del donatario, o il fratello o la sorella morti senza figli, e che concerna tutti i figli del donatario. Qualunque altra sostituzione non potrebbe venir fatta in avvenire.

Quanto a quelle precedentemente fatte senza queste condizioni, e in forza della legge del 1826, fa d'uopo distinguere: se alcun chiamato non fosse ancor nato, o concepito nel giorno che la novella legge veniva pubblicata, la cosa immediatamente è diventata libera, od alienabile nelle mani del donatario. Se poi uno o più dei chiamati fossero già concepiti, la sostituzione avrà il suo effetto per essi tutti, qualunque sia il loro grado di sostituzione (ovvero pei loro rappresentanti); il quale effetto si estenderà pure ad ogni chiamato concepito dopo, che sia nello stesso grado di sostituzione del chiamato concepito (ed anche al suo rappresentante). Ma i chiamati non concepiti, il cui grado di sostituzione è più lontano di quello del chiamato concepito, non avranno mai alcun dritto, e l'obbligo di restituire è come non avvenuto per essi.

Così supponiamo che Paolo abbia raccolto nel 1840 alcuni beni legatigli da un suo amico, coll'obbligo di restituirli ai due primogeniti dei suoi figli. Se Paolo al tempo che si pobblicava la legge non avesse alcun figlio nato, nè concepito, immediatamente verrebbe meno l'obbligo di restituire. Se ne avesse uno, riman l'obbligo di restituire non solo in vantaggio del figlio, ma anche del secondo figlio che potrà sopravvenirgli da lì a pochi anni. Similmente se il legato è stato fatto coll'obbligo di restituire solamente al figlio primogenito, il quale dovesse a sua volta restituire a tutti i nipoti di Paolo, e quando si pubblicava la legge, quest'ultimo avesse già un nipote concepito, esisterà l'obbligo di restituire non solo per Paolo in vantaggio del suo figlio, e per questi in vantaggio del nipote, ma eziandio in vantaggio di totti gli altri nipoti, essendo un chiamato del grado loro concepito al tempo della pubblicazione. Ma se in questo medesimo caso non fosse per anco concepito alcun nipote al tempo della pubblicazione, non avrebbero alcun dritto i nipoti concepiti appresso; e l'obbligo di restituire continuato per Paolo verso il suo figlio primogenito, cesserebbe per questi verso i sooi figli e nipoti.

Ciò compreso, torniamo alla spiegazione delle disposizioni del Codice.

V.—214. La sostituzione fedecommessaria può essere accompagnata da quella volgare. Così io posso, legando i miei beni a mio fratello coll'obbligo di restituirli tutti all'unico suo figlio, aggiungere, che se mio fratello non raccogliesse il legato, suo figlio sarebbe in suo luogo il diretto legatario.

È questa una disposizione permessa dappertutto, e sempre dallo articolo 898 (936).

Ma se questa sostituzione volgare deve sortire il suo effetto quando è formalmente scritta nella disposizione, è manifesto, checchè se ne sia detto (1), che non può

(1) R. de Villargue (n. 388); Duranton (n. 601-602); *J. du Pal.* (cap. 1, sez. 5).

andar più sottintesa, nè presumersi di pieno dritto nella disposizione che chiaramente non la contiene. Che l'ordinanza del 1747, quando le sostituzioni erano assolutamente permesse, e radicate nei costumi, abbia stanziato in principio (secondo il probabile pensiero dei disponenti), che quando fosse caduca la istituzione, il sostituto chiamato dopo quello che non raccoglie, prenderebbe il luogo di costui: che a favorirla si sieno abbandonati i principî romani nei quali, secondo bene osservava Furgole (sopra l'art. 27, § 2.°), la caducità della istituzione traesse quella necessariamente della sostituzione, ben si comprende.

Ma oggi che le sostituzioni son tollerate, ammesse per eccezione, non può darsi più luogo a tal favore, ed è forza riconoscere che quando un gravato non raccogliesse, verrebbe meno la sostituzione. Caduto il legato, deve pur cadere la sostituzione che conteneva, e che esisteva in essa e per essa.

215. Del resto non si potrebbe dire oggi che l'istituito o il sostituto, non abbia raccolto, quando sia sopravvissuto all'apertura del dritto, e sia morto poi senza avere accettato. Già tempo, non bastava che l'istituito (o il primo sostituto a sua volta) fosse vivo o capace al tempo dell'apertura del dritto, purchè egli avesse raccolto; bisognava che avesse accettato, o espressamente, o con qualche atto dichiarante la sua volontà; e se morisse innanzi di avere accettato, non raccolto, non sarebbe divenuto proprietario (Ord. 1747, art. 36). Oggi non potrebbe esser così.

Dichiarando l'art. 711 (632) che la proprietà trasmettesi nello stesso momento per donazione o testamento, l'istituito o il sostituto sarà proprietario, e avrà raccolto sin dal giorno in cui si apre il dritto, siccome viene insegnato da Grenier (numero 377 e Coin-Delisle.

1051 (1007 M). — Se nel caso sopra espresso, il gravato di restituzione a favore dei suoi figli, muore lasciando figli del primo grado, e discendenti di un figlio premorto, questi ultimi percepiranno, per diritto di rappresentazione, la porzione spettante al figlio predefunto.*

216. Quando un gravato che ha più figli, p. e. due, e discendenti da ognuno di loro, abbia perduto uno dei suoi figli, siccome l'obbligo di restituire esiste sempre in vantaggio del superstite, non v'ha inconveniente, che insieme a lui ne vantaggino i discendenti dell'altro, in qualunque grado essi sieno. Al contrario ciò importa mantenere la uguaglianza fra i due rami dei discendenti, impedire la trasmissione di tutti i beni in un solo, escludendone l'altro, ravvicinare per quanto è possibile alla successione ordinaria questa specie di successione contraria al comun dritto, e mostrarsi conseguente con la regola, che permette la sostituzione solo in vantaggio di tutti i figli, e non di alcuni di essi.

Dippiù la rappresentazione è ammessa per tal caso. Ma quando i due figli premuojono l'uno o l'altro, la sostituzione allora è estinta, e i beni rientrano in commercio; cotalchè dare allora ai discendenti posteriori il dritto di rappresentazione, sarebbe stato il medesimo che far rinascere una sostituzione caduta, e protrarla oltre il tempo ch'essa dovea durare. Dippiù la rappresentazione è allora rigettata.

1052 (1008). — Se il figlio, fratello, o sorella, a cui fossero stati donati beni con atto tra vivi, senz'obbligo di restituzione, accettano una nuova liberalità fatta con atto tra vivi o per testamento, sotto condizione che i beni precedentemente donati

* — Il corrispondente art. 1007 delle leggi civili è così concepito:

« Le sostituzioni anzidette non potranno oltrepassare il primo grado. Nondimeno i discendenti del chiamato predefunto hanno il diritto di prendere la porzione del loro ascendente per diritto di rappresentazione, quando anche esistessero altri figli del primo grado. C. 614, 660, 667.

rimarranno gravati di questa obbligazione, non è più loro permesso di dividere le due disposizioni fatte a loro favore, e di rinunciare alla seconda per attenersi alla prima, quand' anche essi offrissero la restituzione dei beni compresi nella seconda disposizione.

217. Quando alcuno abbia prima legato senz'obbligo di restituire, beni, che poi vuol gravare di tale obbligo, egli di leggieri potrà rivocare il primo testamento con un secondo in cui la stessa liberalità sarà fatta con quell' obbligo. Ma quando la prima liberalità è stata fatta con una donazione fra vivi, il grande principio della irrevocabilità delle donazioni, non permette che si torni sull'intendimento, e la intenzione della disposizione che è stata fatta; e il donante non avrebbe potuto immediatamente gravare quei beni, se la legge non glielo permettesse colla formale disposizione del nostro articolo.

Come si scorge egli il potrà mercè una nuova donazione fra vivi, o per testamento (e solo con tal mezzo, essendo tutto di stretto dritto, e di rigore in materia di sostituzione). Per quanto sia tenue la seconda liberalità, e quando pure la condizione di restituire non si riferisca ad essa, tal condizione sortirà il suo effetto, non essendo agevole al donatario di spacciarsi di tal peso, neppure abbandonando i beni che ne sono stati il prezzo: siamo liberi sempre di non obbligarci, ma non già di rivenire immediatamente da un'obbligazione a cui legalmente ci siamo sottoposti.

218. Toullier (n. 732) e Grenier (numero 364) vanno più in là, pretendendo, che se quegli che accetta le due successive liberalità è erede legittimario del donante, l'obbligo di restituire sarà irrevocabile per tutti i beni che ne son gravati, quand' anche dessi fossero a riserva del donatario—La erede secondo essi, ha il dritto di rinunciare alla riserva.

Non si vede abbastanza chiaro, perchè i due scrittori sviluppino quest'idea, solo in occasione di una seconda liberalità che riporti l'obbligo di restituire sopra una liberalità precedentemente fatta. Certo, se la loro dottrina è vera, deve medesimamente applicarsi alla liberalità unica, fatta sotto l'obbligo di restituire; e questo infine pretende Toullier. Se non che tal dottrina è falsa nella sua generalità, e per le sostituzioni poste nelle donazioni fra vivi. Infatti essendo la riserva la stessa successione, l'accettazione per parte del legittimario della condizione di cui è discorso, sarebbe dunque in una donazione fra vivi una rinunzia ad una successione non aperta, un patto sopra tal successione; or l'art. 1130 (1084) positivamente dichiara che tutto ciò è nullo. Sarebbe altrimenti in caso di testamento; perchè quando si accetta il legato, la successione è aperta, dimodocchè l'erede può rinunziare la sua riserva, e sottomettersi a quelle obbligazioni che meglio a lui piacciono.

219. Ben si comprende che l'obbligo di restituire imposto così immediatamente ad una precedente donazione, non potrebbe per nulla pregiudicare ai dritti che avrebbe acquistato sopra i beni quando erano liberi presso il donatario.

§ 2.—*Dritti del gravato e dei chiamati. Apertura delle sostituzioni.*

1053 (1009). — I diritti dei chiamati saranno esercibili al tempo in cui per qualsivoglia causa, cesserà il godimento dei beni per parte del figlio del fratello, o della sorella gravati di sostituzione: l'abbandono anticipato del godimento dei beni in favore dei chiamati, non potrà pregiudicare ai creditori del gravato anteriori all'abbandono.

SOMMARIO

I. Dritti del gravato e dei chiamati innanzi la apertura. — Diverse quistiani.
II. Continuazione.
III. Cause di apertura, ve ne sono quattro. Si indicano le due prime: morte del gravato; — decadenza per essersi mancato a nominare il tutore.
IV. Terza causa: abbandana anticipato del gravato. Quanda tale abbandono può farsi per lo stessa proprietà, e in modo diffinitivo?
V. Quarta causa: scadenza del termine indicato. Osservaziane.
VI. L' abuso del godimento del gravato non è causa di apertura. Dissenso con Toullier, Delvincourt, Duranton, ecc.
VII. Non vi ha neonco causa di apertura nella revoca della liberalità per inadempimento o ingrotitudine. — Risultamenti di tal revoca. — Censura della dottrina di Coin-Delisle, e di quella di Duranton.
VIII. Non vi ha infine causa di apertara quando il gravato si nega ad accettare la liberalità. Confutaziane della dottrina di Coin-Delisle.
IX. Dritti dei creditori del gravato; e dei suai acquirenti nel caso di anticipata restituzione.
X. Come finiscono le sostituziani.

I. — 220. Quest'articolo è così laconico, ed ambiguo, che è cosa veramente strana. — I dritti dei chiamati, esso dice, si apriranno quando cesserà il godimento del gravato. Ma il dritto del gravato è dunque un dritto di godimento? Quali cause poi lo faran cessare? Il Codice non va troppo in là, e non usa che inesatte espressioni, dicendo che qualunque cessare del godimento del gravato aprirà i dritti dei chiamati? Quali saranno i dritti di costoro, o all' aprirsi della sostituzione, o prima? Qualunque dritto che hanno i chiamati innanzi l'apertura della sostituzione, è indipendente dal mutar di volontà del disponente, e del gravato?

Cotali quistioni, ed altre che vi si rannodano debbono essere qui esaminate, e vedremo ben tosto che il testo del nostro articolo ci servirà pochissimo nella loro soluzione.

Il donatario o legatario, sebbene sia incaricato di restituire ai sostituti *i* beni che ha ricevuto, ne è sempre il proprietario; non ne ha semplicemente il *godimento*, ma il *dominium*; non *si* è a lui attribuito l' usufrutto, e la nuda proprietà ai chiamati; si è conferita all'uno una piena proprietà che passerà dopo lui agli altri; se non che per ciò stesso che il gravato è incaricato di restituire, e non ne è proprietario che per un determinato tempo, la proprietà è quindi risolubile nelle sue mani. Di chi dunque sarebbe la proprietà se non fosse del gravato? Non certo dei chiamati, giacchè spesso essi non sono ancora concepiti, e la proprietà non può esser mai sospesa, dovendo sempre riposare su qualche persona. Quindi è proprietà, ma rivocabile, ed è questo il dritto del gravato.

Essendo il gravato proprietario, a lui solo spetterebbe quindi il tesoro che troverebbe in uno dei fondi della sostituzione; ne avrebbe una metà come colui che l'ha trovato, e l'altra metà come proprietario della cosa che nascondeva il tesoro (art. **716** (636 M)). — Essendo proprietario potrebbe bene ipotecare, o alienare i beni i quali potrebbero esser sequestrati e venduti dai suoi creditori (1); ma essendo risolubile la sua proprietà, ne deriva che avveratasi la risoluzione verranno meno, come se mai non fossero esistite, le ipoteche, alienazioni, e concessioni di dritti reali. — Per fermo il gravato che ha solo il godimento dei beni, deve far tutte le spese che si riguardano come carico dei frutti, specialmente le riparazioni di manutenzione;

(1) La Corte di Parigi che avea prima frainteso questi principi con una decisione del 12 genn. 1847 gli ha ora consacrati con una più recente del 25 lug. 1850. — Lo sono stati del pari dalla Corte suprema il 5 mag. 1830 (Dev., 30, 1, 162; 47, 2, 82, 50, 2, 459.)

ma le grosse riparazioni, e tutti gli altri carichi della proprietà (siccome la proprietà sebbene di presente gli appartenga è transitoria e per un tempo determinato, saranno non a carico personale del gravato, ma a carico della sostituzione), degli stessi beni, il cui valore sarà di altrettanto sminuito: così si prenderà la somma necessaria o dai capitali che posson trovarsi tra i beni sostituiti, o dalla vendita di una parte di essi beni (Toullier, n. 775, Coin-Delisle, n. 28); *J. du Palais*, sez. 7.)

221. Il dritto dei chiamati finchè non si è aperta la sostituzione, restringesi ad una semplice speranza; ma tale speranza, a conservar la quale si è tanto lodato dalla stessa legge come vedremo più innanzi, autorizza i chiamati, o quelli che han cura dei loro interessi, a prendere tutti i provvedimenti che senza nuocere al dritto del gravato, possono render certa la effettuazione del dritto dei chiamati.—E per fermo il chiamato può trasferire tale speranza ad altri che metterà in suo luogo.

Ma basta tale speranza che (anche prima che il chiamato sia concepito) noi vediamo nascere e proteggersi dalla legge; perchè il donante non possa con una formale convenzione fatta col suo donatario far venir meno immediatamente l' obbligo di sostituire?

Noi non parliamo del caso di testamento, poichè allora è un progetto, che il suo autore può cancellare, o modificare fino agli ultimi momenti di sua vita; ma il punto è delicato quando si tratta di donazione fra vivi. Delvincourt e Vazeille (n. 5) opinano che l'obbligo di restituire può sempre esser soppresso finchè uno dei chiamati non abbia manifestato che voglia giovarsi del beneficio, mentre l'artic. 1121 (1075) (il quale permette che s' imponga un carico in pro di un terzo, quando sia condizione di una donazione che si fa ad altri), rende irrevocabile tale obbligo, quando il terzo abbia dichiarato volerne profittare. Arroge che se era altrimenti sotto l' ordinanza (art. 11), quando le sostituzioni eran favoreggiate, ben si comprende; ma oggidì che sono in principio proibite, e permesse solo per eccezione, non si dovea rinnovare per esse la benigna disposizione dell' ordinanza; e non essendo nel Codice cotal disposizione, è forza sottomettersi al principio dell'artic. 1121 (1075). Altri, per l' opposito, insegnano, che accettatosi dal gravato la donazione, l' obbligo non può essere più rivocato, anche col concorso delle volontà del donante e del donatario (1). Noi adottiamo quest' ultima sentenza fondandoci sul motivo di Coin-Delisle che ci sembra decisivo: la donazione col carico di restituire contiene due donazioni, una per il gravato, l'altra per i chiamati: il che è tanto vero, che i sostituiti, allorchè raccoglieranno, riceveranno non già dal gravato, ma dal disponente. *non a gravato, sed a gravante*, saran donatari di quest' ultimo come da tutti si riconosce. Ma essendovi un' altra donazione nella prima, nè potendo una donazione sussistere che coll'accettazione del donatario (art. 932 (856)), ne emerge che se la legge riconoscesse valida quest'altra donazione, ciò avviene perchè essa la vede accettata dai sostituti coll'accettazione del gravato. Imperochè la regola di dritto comune stanziata nell' artic. 935 (859), secondo cui gli ascendenti possono accettare pei loro discendenti incapaci, e che parla solo dei discendenti già nati (dacchè il dritto comune permette solo di donare a questi), è implicitamente, ma forzatamente estesa ai discendenti nascituri, nei casi eccezionali in cui è conceduto di donar loro. Ciò posto, il carico di restituire il beneficio della sostituzione è stato accettato dal terzo, il sostituito; il quale per mezzo del suo rappresentante legale ha dichiarato volerne profittare, e quindi quel carico è irrevocabile secondo la stessa regola dell'art. 1121 (1075).

II.—222. Innanzi di venire alle cause di apertura della sostituzione, cioè alle cause

(1) Toullier (V-793) Rolland de Villargue (*Rep.*, cap. 2, sez. 2) Dalloz (sez. 2. art. 7) Coin-Delisle, (art. 1048 (1003), n. 44).

che debbono tramutare la speranza dei chiamati in una proprietà presente dei beni, esaminiamo qualche quistione che potrà spesso nascere dal coesistere della proprietà presente del gravato, e della speranza dei chiamati.

Abbiamo veduto che il gravato può bene ipotecare o alienare i beni, salvo l'evento della risoluzione, che effettuandosi revocherà tutte le concessioni fatte; ma questi beni potrebbero alle volte essere irrevocabilmente ipotecati o alienati? Noi crediamo di sì.—Così primieramente nel caso che fossevi assoluta necessità (per poter fare grosse riparazioni o pagare i debiti lasciati dal disponente col carico della sostituzione) sembra certo che sarebbe permesso procurarsi i capitali abbisognevoli o con una parziale alienazione, o con un mutuo, con ipoteca, e che il gravato potrebbe legalmente ciò ottenere, col fare intervenire il tutore alla sostituzione (art. 1055, 1056 (1011, 1012)); e seguendo le forme richieste per la ipoteca o l'alienazione dei beni dei minori (art. 457 (380) e seguenti, 2126 (2012).

Noi pure opiniamo, che oltre a questo caso di alienazione giudiziaria, i beni gravati potrebbero vendersi all'amichevole, e per qualsivoglia causa, se i chiamati fossero maggiori e capaci, e tutti consenzienti.—Ma perchè l'acquirente non avesse alcun timore, bisognerebbe non esservi più chiamati a nascere; perocchè se un solo ne sopravvenisse, l'alienazione sarebbe nulla rispetto a lui; e dove avvenisse che gli altri chiamati morissero innanzi al gravato, e solo gli sopravvivesse il nuovo sostituto, egli solo raccoglierebbe tutti i beni, e la vendita sarebbe interamente nulla.

223. Punto pur delicato si è il conoscere se si possa mai transigere pei beni gravati di restituzione. Noi crediamo insieme agli scrittori, che una tal transazione dovrebbe esser mantenuta, se si fossero seguite le forme cotanto rigorose volute dall'articolo 467 (390) per le transazioni fatte in nome dei minori, non potendo la legge essere più severa pei beni gravati di sostituzione che per quelli dei minori o degl' interdetti.

224. L'ultima quistione di cui non possiamo fare a meno di parlare, si è quella di conoscere qual sarà, rispetto ai chiamati, l'effetto delle prescrizioni che saranno corse in vantaggio del gravato, o contro di lui innanzi l'apertura della sostituzione.

Così, se un podere che appartiene alla sostituzione, trovasi alla morte del gravato posseduto da molti anni da un terzo a titolo di proprietario, saranno tenuti i chiamati a rispettare gli effetti di tal possesso e sarà corsa contro di loro la prescrizione? Tal quistione era un tempo molto controversa, e lo è pure oggi (1).

Per la negativa si dice, che i chiamati non han potuto interrompere la prescrizione (massime quando non fossero per anco nati), e che quindi sono protetti dal principio *contra non valentem agere non currit praescriptio*. Ma ciò se era un tempo vero, è falso in oggi, che i chiamati son rappresentati da un tutore specialmente incaricato a conservare i lor dritti.—Arroge, che la prescrizione non corre contro i beni inalienabili. Ciò è vero pei beni che sono del tutto inalienabili, nè sono capaci di essere in commercio, come le cose che dipendono dal pubblico demanio (una piazza di guerra, un fiume); ma è falso per quei beni che possono alienarsi in certi casi, e sotto certe condizioni. Per modo d'esempio, possono certamente prescriversi le foreste dello Stato; e la imprescrittibilità dei beni dei minori, e di quelli dotali, deriva unicamente da una speciale disposizione che conferisce loro questa eccezionale qualità (art. 2252, 2255 (2158, 2161)).

Invocasi l'art. 2257 (2163) il quale dichiara, che la prescrizione di un credito condizionale può incominciare dopo lo avveramento della condizione; or dicesi, il sostituto avea un dritto dipendente dalla con-

(1) *Neg.* Delvincourt, Grenier (n. 383), Vazeille (*Prescr.*, n. 303) Coin-Delisle (art. 1048 (1003), n. 31); *Aff.* Duranton (IV-610); Dalloz (sez. 2, art. 5); *J. du Palais* (sez. 7).

dizione, *se il gravato premuore*. Ma così si applica il più male che si può l'articolo 2257 (2163). Il terzo detentore non pretende aver prescritto un credito, ma sì la proprietà dell'immobile da lui conceduto.

Questa regola dell'art. 2254 (2160) non può applicarsi che fra un *creditore* e il suo *debitore;* così, il gravato (o dopo lui il suo erede, o il legatario universale) pretendesi, rispetto ai sostituiti, diventato proprietario irrevocabile, e liberato dall'obbligo della restituzione per avere posseduto da più di trent'anni i beni senza che alcuno gliene abbia richiesto la restituzione; sarebbe questo il caso dell'art. 2257 (2163), il caso di quella regola di dritto e di ragione, che il debitore non può dirsi liberato del suo obbligo sotto il pretesto che per trent'anni non gliene sia stata richiesta la esecuzione, mentre questa non poteva domandarsi, dipendendo l'obbligo da una condizione che non era avverata. Ma lo invocare tal regola contro un terzo detentore dei beni vale il medesimo che falsare le più semplici nozioni di dritto. — Dicesi infine che la trascrizione (art. 1069 (1025)) ha fatto conoscere o agli acquirenti, o agli usurpatori che i beni non appartenessero pienamente al gravato, e che i sostituiti vi avessero un dritto eventuale. Che cosa da ciò inferirne? Che il detentore sia di mala fede? Ma dapprima la buona fede non è necessaria per prescrivere; non ostante la mala fede si prescrive con trent'anni (art. 2262 (2168)).

D'altra parte, la buona fede è un fatto che potrebbe esistere non ostante la trascrizione; un acquirente può imprudentemente aver fidanza nel suo venditore, e non consultare i registri del conservatore.

I sostituiti rimangono quindi sotto l'impero dell'art. 2251 (2157) il quale dichiara che la prescrizione corre contro tutte le persone, purchè non abbiano a lor favore qualche eccezione stabilita da una legge. Per loro non altro può dirsi che essendo stati chiamati ai beni fin dal principio sotto una condizione che s'è finalmente avverata, possono venir riguardati come se fossero stati proprietari sin d'allora, cotalchè la prescrizione non sarà corsa durante la loro minore età (articolo 2252 (2158)).

Per l'opposito, quando la prescrizione correrà in vantaggio del gravato, il beneficio sarà personale a lui, o gioverà anche alla sostituzione, ai chiamati? La soluzione dipenderà certamente dalle circostanze. — Non può esser dubbio per la prescrizione mercè la quale vuol liberarsi: se il gravato ha veduto venir meno una servitù che gravava sopra uno degl'immobili della sostituzione, se ha prescritto uno dei debiti, la prescrizione giova alla sostituzione, ai chiamati, e non già alla eredità del gravato. Ma per la prescrizione per cui si vuole acquistare un dritto, il gravato in generale avrà fatto il suo proprio e personale affare, tranne il caso che non si chiarirà da qualche circostanza che egli abbia agito nello interesse, e per conto della sostituzione; come, per modo d'esempio, se si trattasse d'un possesso incominciato nella persona del disponente, e che è stato continuato dal gravato.

III. — 225. Vediamo ora quali sono le cose che possono mutare la speranza dei chiamati in una proprietà presente dei beni. Si son presentate sino a sette cause di apertura di sostituzioni. Ma noi vedremo che tre di tali pretese cause sono inammissibili; e che ve n'ha quattro, due delle quali sono ormai transitorie, nè possono essere applicate che alle sostituzioni fatte innanzi la legge del 1849.

Bisogna primieramente ammettere, tanto per le sostituzioni future, che per le antiche: 1. la morte naturale o civile del gravato, poichè rompe necessariamente il suo dritto, 2. Il suo decadimento per non essersi nominato un tutore alla sostituzione (art. 1057 (1013)).

IV. — 226. Una terza causa di apertura applicabile solo alle sostituzioni fatte sotto la legge del 1826 si è l'abdicazione del gravato, l'abbandono volontario dei suoi dritti fatto durante la sua vita a quelli che li avrebbero dovuto raccogliere alla sua morte.

Ben si comprende che l'abbandono del gravato può avere per obbietto o il godimento soltanto dei beni, o la loro proprietà. — Finchè fosse il semplice godimento, il gravato potrebbe farne lo abbandono in quel tempo, per quelle sostituzioni, e a quelle persone che vorrebbe; essendo pienamente libero, durante la sua vita, di disporre a suo libito delle rendite; ma l'abbandono che ei farebbe di tal godimento ai chiamati, non sarebbe un caso di apertura della sostituzione, rimanendogli sempre la proprietà dei beni. Noi dunque vogliamo qui parlare dell'abbandono della proprietà, cioè, se il gravato possa vivendo rilasciare ai chiamati la proprietà dei beni che dovea loro trasmettere alla sua morte.

Non è dubbio, quando si ha la certezza che tutti i chiamati sieno da ora viventi: così quando la sostituzione fatta dal 1826 al 1849, invece di vantaggiare tutti i figli del gravato, si faccia ad uno o a parecchi di loro, per modo d'esempio, al primogenito, siccome allora non dee più nascere alcun sostituito, il gravato non è affatto impedito di fare immediatamente la restituzione che ei potrebbe ritardare sino alla sua morte. Ma facendosi la sostituzione in vantaggio di tutti i figli del gravato, può costui fare similmente un abbandono definitivo ai suoi figli esistenti, non ostante che possano sopravvenirne altri, o morire alcuno di quelli, innanzi la morte del gravato ?

Senza fallo, egli può far loro un abbandono provvisorio e condizionale, rilasciare tutti i beni ai tre figli oggi viventi, purchè se ne esistesse un quarto alla sua morte, tutti e quattro si dividessero in eguali porzioni i beni ricevuti dai tre primi. Se uno dei tre morisse innanzi a lui gravato, senza lasciar prole che lo rappresenti (articolo 1051 (1007)), gli altri due prenderebbero il terzo che aveva il predefunto, non avendo potuto quest'ultimo trasmetterlo ai suoi eredi, donatari, o legatari ; se tutti e tre morissero innanzi a lui gravato senza prole, tutti i beni tornerebbero a lui , non potendo passare ai loro rappresentanti ; mentre questi beni non sarebbero mai appartenuti ai tre chiamati , avvegnacchè non potessero loro irrevocabilmente appartenere, che dove sopravvivessero al gravato.

Ma, come si scorge, questo abbandono di beni non sarebbe neppure un'apertura definitiva della sostituzione, la quale dipende sempre in tale ipotesi dallo stato della famiglia alla morte del gravato, e si effettua realmente per la morte.

227. Così può farsi sempre l'abbandono del semplice godimento, come anche l'abbandono puramente provvisorio e condizionale della proprietà; ma si può fare similmente la dimessione diffinitiva di tal proprietà? Gli è pur certo che non può assolutamente farsi; non potendosi anticipatamente pregiudicare i dritti dei figli che nascerebbero appresso; e quelli nati dopo il rilascio , e vivi alla morte del gravato sconcerterebbero certamente i calcoli dianzi fatti. Ma non potrebbe almeno la restituzione esser diffinitiva fra il gravato e i chiamati adesso viventi , e per essi chiamati fra loro?

Il più degli scrittori rispondono del sì. Secondo il loro avviso, il rilascio che non si sarebbe dichiarato provvisorio nell'atto, sarà diffinitivo, tranne solamente in ciò che concerne i figli che nascerebbero. Così , giusta tale dottrina, ciascuno dei due chiamati che abbia ricevuto i beni , sarà rispetto all' altro e del gravato , proprietario irrevocabile della sua porzione, potrà quindi nei loro rapporti, salvo la nascita di novelli chiamati , disporne a sua posta, venderla, donarla, legarla; se muoja prima del gravato, la parte toccatagli non apparterrà certamente al sostituto sopravvivente, ma agli eredi o legatari del defunto. Se poi nasca un novello sostituito (il quale alla morte del gravato ha dritto alla metà dei beni, dacchè rispetto a lui l'abbandono anticipato si reputerà non avvenuto) avrà la sua metà , la quale non sarà presa da quella lasciata dal sostituto predefunto, ma in parte su quella appartenente ai rappresentanti di quest'ultimo, ed in parte sull'altra del chiamato sopravvivente insieme a lui. Per tal modo, quello dei chiamati cui l'abbandono fu fatto, avrà un

quarto invece della metà che gli sarebbe toccata in definitivo, e l'altro lascerebbe ai suoi rappresentanti altrettanto, benchè non avrebbe dovuto loro appartenere. In breve, l'abbandono sarà come non fatto per i chiamati non nati, o non accettanti, sarà invece definitivo per quelli che l'abbiano convenuto. Gli scrittori spiegano ciò col considerare che chiamati e gravato possono a lor talento formare fra essi un contratto aleatorio, esporsi ai casi di una possibile perdita, contrappesandoli con quelli scambievoli di guadagno, cotalchè, segua che può, niuno dei contraenti può dolersene, essendo la conseguenza di una convenzione ultroneamente stabilita (1).

Tal dottrina ci sembra da seguire malgrado viva opposizione che fa Coin-Delisle (n. 8), per le sostituzioni stabilite sotto l'impero della legge del 1826. — Questo scrittore, argomentando dal testo del nostro articolo, insegna che esso non permette la anticipata restituzione de' beni, ma solo l'abbandono anticipato del *godimento*, il che esclude l'idea di un trasferimento definitivo.

Se non che dicendo l'articolo che la cessazione del *godimento* del gravato, dia principio alla sostituzione, è fuor di dubbio che per *godimento* intenda la stessa proprietà del gravato. la quale viene chiamata impropriamente godimento per essere revocabile e durevole quanto la vita, siccome un dritto di usufrutto. Coin-Delisle aggiugne ch'essendosi l'articolo scritto prima della legge del 1826, è uopo chiarirsi con gli art. 1048 e 1050 (1003 e 1006); e poichè mercè di essi si è voluto con energia mantenere una intera uguaglianza fra tutti i figli del gravato, sarebbe una violazione della volontà del legislatore il permettere una convenzione di cui l'effetto, come si è veduto, consisterebbe nell'attribuire parti ineguali a'figli. Tale ragionamento non può valere per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, la quale non più prescrivea la uguaglianza tra i figli. — Ma per le sostituzioni fatte o a farsi sotto la novella legge del 1849, l'argomento è concludente, e quindi siffatta terza causa d'ingresso è inammessibile.

V.—228. La quarta ed ultima causa che dà cominciamento al dritto de' chiamati, anche unicamente per le sostituzioni fatte sotto la legge del 1826, consiste nell'avvenimento del caso e del tempo che il disponente prefiggeva per termine della restituzione. Così, quando il disponente ha commesso al donatario di restituire i beni al di lui primo figlio alla maggiore età, ovvero dopo 25 anni dalla disposizione, ai figli che allora avrebbe, avrà principio al dritto de' chiamati, nel primo caso alla maggiore età, nel secondo al termine degli anni 25. Gli è vero che non sarà una sostituzione propriamente detta (art. 896 (941, n. III, 2), non essendovi obbligo di conservare fino alla morte; ma l'obbligo non sarà men valido. Sarebbe stata nulla prima della legge del 1826, tale sarebbe ancora sotto la legge del 1849 siccome una violazione indiretta della regola che proibisce di far restituire i beni a una parte dei figli solamente; ma di certo era valida sotto la legge del 1826, la quale permetteva la restituzione de' beni sia a tutti i discendenti, o ad alcuni o ad un solo.

VI. — 229. Taluni autori hanno anche annoverato fra le cause che dian principio alla sostituzione: 5° l'abuso del godimento del gravato: 6° la revoca della liberalità per l'inadempimento delle condizioni, o per l'indegnità del beneficiato; e 7° il ripudio del legatario. Da noi si ripete che non ammettesi tal'idea.

Secondo il più degli scrittori (2) il gravato potrebbe decadere dal suo diritto, se godesse abusivamente de' beni; essi appoggiano la loro decisione sull'art. 618 (543), il quale permette ai giudici dichiarare estinto l'usufrutto per abuso di godimento dell' usufruttario. E questo un errore

(1) Delvincourt, Duranton (IX-606); Dalloz (numero 9-11); Vazeille (14-15).

(2) Maleville, Grenier (n. 376), Delvincourt, Toullier (V-782), Duranton (IX-603 Dalloz (art. 6, n. 16), Duvergier (sopra Toullier).

a ragione riprovato da de Villargues (*Rep.*) di Favard (cap. II, sez. 2), Vazeille (n. 6) Coin-Delisle (n. 14). Abbiamo detto, conforme a tutti gli scrittori, che il gravato non è un usufruttuario, ma un proprietario, il quale non solo è tale di presente ma può forse divenirlo per sempre ed in modo irrevocabile, per esempio se egli non abbia discendenti, o se avendone, ora o appresso, venissero a morte prima di lui. Or se il gravato è proprietario non può applicarsi l' artic. 618 (543) che concerne l' usufruttuario; quindi sconviene parlare di analogia, avvegnacchè l'articolo 618 (543), sia un' esorbitanza, ed una severa penalità, e le penalità non possono estendersi per analogia senza creare arbitrariamente cause di *espropriazione*. Dunque se il godimento del gravato fosse abusivo, si potrà aver dritto a' danni-interessi pel passato, si potrà provvedere con misure conservatorie all' avvenire; per esempio togliergli l'amministrazione de'beni ed affidarla ad un sequestratario giudiziario. Ma questi amministrerà sempre per lui, quindi le rendite, i frutti, gl'interessi gli saranno dovuti, e giammai sarà permesso dichiararlo decaduto, espropriarlo.

VII.—230. Parecchi giureconsulti, specialmente Vazeille (n. 8 e 9), sostengono che la revoca di una donazione, o di un legato stanziata per inadempimento delle condizioni, o per ingratitudine (art. 953, 955 1046, 1047 (878, 880, 1001 1002)), ingenererebbe l'avvenimento della sostituzione. Duranton (n. 600 e 601) e Coin-Delisle (n. 4 e 5) rigettano a buon dritto cosiffatta dottrina; ma non vanno d'accordo intorno alle conseguenze.

Coin-Delisle considerando ragionevolmente sotto lo stesso profilo la donazione ed il legato, e senza distinguere se la revoca sia dichiarata per ingratitudine o inadempimento degli obblighi, esamina solamente se a quel punto il donatario, od il legatario abbiano o pur no discendenti viventi. Se non ve ne sieno, concede al donante o all' erede del testatore che faccia pronunziarla), il dritto a riprendere i beni siccome erano nelle mani del gravato, vale a dire col peso della sostituzione: egli dunque alla morte del gravato li restituirà ai chiamati che fossero sopravvenuti, e sopravvivessero a quello. Ma se invece si dimandi la revoca nel tempo in cui esistano già uno o più chiamati, l'autore opina che l'azione sia inammessibile, e che i beni rimarranno necessariamente nelle mani del gravato, non altrimenti che se la circostanza d' ingratitudine o d' inadempimento non esistesse.

Duranton ponendo innanzi una distinzione (di cui non sappiamo il perchè) fra la donazione ed il testamento, *sembra* farne una seconda (che in vero a noi pare indispensabile) fra il caso dell' ingratitudine e l' altro dell' inadempimento delle condizioni. Ma egli s'intrattiene lungamente sul primo caso, e nulla dice del secondo. Intorno alle donazioni insegna (e secondo noi con ragione) che colui che le faccia rivocare per ingratitudine, può sempre, esistano o non esistano chiamati, riprendere i beni con l' obbligo bensì di restituirli alla morte del gravato. Ben diversa è la decisione data dal professore per i legati, beachè non assegni la ragione delle differenze, perocchè rammentando quel preteso principio che ogni sostituzione fedecommissaria rinchiuda implicitamente la volgare, risolve che se alla morte del testatore esistessero già dei chiamati, i beni del legatario dichiarato indegno sarebbero devoluti ad essi, e gli altri che potrebbero appresso sopravvenire, non vi avrebbero giammai alcun dritto; se poi non ne esistessero, il legato sarebbe caduco, e gli eredi del testatore acquisterebbero per sempre i beni; ripetiamo che lo scrittore non parla del caso di revoca per inadempimento delle condizioni, sia d'una donazione o di un testamento.

Ora non è evidente la stranezza di tali due dottrine?

E dapprima, intorno a quella di Coin-Delisle, come mai il dritto di un donante (o dell'erede di un testatore) dipenderebbe dall' esistenza o inesistenza de' chiamati, al momento in cui si dimanda la revoca?

Cessano forse il misfatto e l'ingratitudine del donatario di essere punibili perchè esistano figli? Possono forse i figli, i quali, se non vi ha revoca, avran diritto a' beni alla morte del gravato, dolersi che si dichiari una revoca, e che si affidino i beni al donante per restituirglieli al tempo stesso della morte del gravato? Non rimane forse la stessa la loro condizione? Si dirà che i figli non debbono patire il fallo del padre. Gli è vero; ma non si vuol questo, perocchè noi assicuriamo loro sempre il conseguimento de' beni all' ora istessa, sia che si pronunzî o no la rivocazione. Noi parliamo di punizione, non già per i figli ma per il donatario ingrato, che è il padre, cui voi assicurereste l' impunità col dichiarare inammessibile l'azione di revocal... In ciò la vera dottrina è spontanea. Il gravato ed il sostituito sono ambidue donatari successivi che prendono i beni uno dopo l' altro, quindi ognuno può perderli per l'ingratitudine, ma come la colpa di uno non può riversarsi sull' altro, non altrimenti l'innocenza di uno non potrebbe ingenerare l' impunità dell' altro.

Quindi nulla di più semplice: il gravato che si è reso ingrato dee privarsi per tutto il tempo della sua vita de' beni che dovea in quel periodo godere. Ben a ragion dunque Duranton rigetta la strana distinzione di Coin-Delisle. Questo scrittore immagina da una mano una distinzione che non sta, confonde dall'altra due cose che era d'uopo differenziare, cioè la revoca per ingratitudine e quella per ineseguzione. Quest'ultima più che essere penale è interamente pecuniaria: quindi le sue conseguenze lungi di essere esclusive ad un tale, si applicano a tutti, e viziano il principio stesso della disposizione. Così quando io ho dato la mia casa a Pietro perchè la restituisca a Paolo, ma a condizione di pagare i 15,000 fr. da me dovuti a Giacomo, è fuori dubbio che ricusandosi il pagamento, nè Paolo nè Pietro dovrà aver la casa, avvegnacchè il non pagamento costituisca l' avverarsi di una condizione risolutiva, che fa riguardare come non avvenuta la disposizione. (Vedi art. 953, 954 (878, 879)). Ora se io ho voluto spogliarmi della casa affinchè sodisfacessi il debito, come mai Coin-Delisle può dirci che si debba conservar quella, e non pagare un centesimo del debito? I principî del dritto, e quelli dell'equità bandiscono che in (ed il mio crede, laddove si tratti di un legato) possiamo negare la casa, non solo al gravato ma ai sostituiti, ed a tutti se nissuno paghi i 15,000 fr.

232. La dottrina di Duranton ha da un lato il merito di non far differenza se quando si dimandi la revoca esistano, o pur no dei chiamati; ha bensì il merito di non confondere il caso dell' inadempimento con quello dell' ingratitudine, dottrina esatta secondo noi per le donazioni fra vivi; ma non è forse alla sua volta inammessibile quando vien distinguendo quest' ultima dalle donazioni testamentarie? Certo non vi ha alcuna ragione di differenza; nè egli ne accenna alcuna. . .

Il sistema del dotto professore sarà nel tutto erroneo quale che sia la opinione che si adotti. Se si ammetta con lui e Vazeille, che la sostituzione fidecommissaria contenga implicitamente una volgare, converrà dir lo stesso così per una donazione, che per un legato, come sostiene il Vazeille, il quale almeno ha il merito di esser conseguente. A noi non garba creare una sostituzione volgare, che non avendo base su alcun testo di legge sembraci puramente arbitraria; la nostra dottrina si compendia in due parole, noi diciamo del legato quello che Duranton dice della donazione.

Nel caso d'ingratitudine (art. 955, 1046 e 1047 (880, 1001 e 1002)) il donante o l'erede del testatore riprende mercè la revoca la cosa dal gravato, nulla importando se esistano, o pur no dei chiamati. Allora se alla morte di quello, quest'ultimi sopravvivessero, restituirà loro la casa; in caso diverso, la riterrà irrevocabilmente a sua posta. All'opposito, se la revoca avvenga per inadempimento delle condizioni, la riprenderà per sempre, avvegnacchè il chiamato al pari che il gravato non possa avere la cosa donata senza adempiere agli obblighi coi quali fu data.

VIII. — 233. In fine, secondo una dot-

trina di Coin-Delisle (n. 11), la quale sembra tolta da Toullier (n. 793-794), il dritto dei chiamati incomincia per il ripudio del legatario gravato allorchè si tratti di legato, e non già quando la disposizione consista in una donazione fra vivi. Così se un padre di due figli, doni fra vivi la sua quota disponibile al maggiore, col peso di restituirla a' propri figli, e quegli rinunzii, lo scrittore insegna che non potendo esistere la donazione senza l'accettazione, non vi sarebbe in tal caso nè disposizione nè sostituzione. Ma se all'incontro il disponibile non fosse donato fra vivi, ma legato, egli ordina che la rinuncia del figlio legatario non impedirebbe la esistenza della sostituzione.

Egli appoggia la sua sentenza sugli articoli **1048, 1049 (1003, 1004)** i quali permettono la disposizione di un legato con l'obbligo di restituire ai figli, e poichè tal peso costituisce da quel punto una liberalità permessa, la volontà del legatario non vale ad annientare la sostituzione dei figli.

Questa dottrina che a nostro avviso è un errore, si confuta di leggieri. Il ragionamento di Coin-Delisle è inconcludente, e se nol fosse, dovrebbe applicarsi tanto alla donazione che al legato.

Gli art. **1048** e **1049** (**1003** e **1004**) permettono del pari che l'obbligazione di restituire si stabilisca come peso *di una donazione*, dunque anche quest' obbligo costituisce una liberalità permessa, e però la chiamata de' sostituti non può essere annientata dalla volontà *del donatario*. Eppure il nostro dotto collega respinge tale idea ben a ragione, dicendo che se l'obbligazione di restituire stia come peso di un donato, è uopo che questo esista, il che non può altrimenti avvenire che con l'accettazione del donatario. Or per il legato la risposta è appunto la stessa. Quando colui che è chiamato in un testamento, ripudii la liberalità, non vi ha nè legato nè legatario sparisce il legato siccome sparirebbe la donazione, e la cosa rimane sulla successione *ab intestato*, siccome resterebbe nel patrimonio del donante vivente. Ma allorchè non esista nè donazione nè legato, non torna vano parlare di pesi e di un accessorio dell'una o dell'altra ?..... Sì certamente non vi ha sostituzione possibile senza disposizione principale.

234. Per dar fine alla materia vediamo ora in che modo i chiamati raccolgano la sostituzione dopo la morte del gravato.

Saranno essi come tali di pieno dritto investiti dei beni appena incominci il loro dritto, ovvero sarà loro necessario dimandare il rilascio non altrimenti che i legatari alla morte del testatore?

È fuori dubbio che la investitura sarà di pieno dritto, allorchè i sostituiti a un tempo fossero eredi del gravato, poichè in tal caso hanno il possesso di tutti i beni d'ogni sorta lasciati dal defunto. Ma che si dirà se non fossero suoi eredi, ad esempio se sia un primo sostituito gravato a pro di un secondo fratello di lui con una disposizione fatta sotto la legge del **1826**; ovvero se il sostituito figlio di un gravato, rinunzii alla successione di costui, ma domandi la sostituzione?

In tal caso decidono gli scrittori, che gli eredi del gravato sono investiti di tutti i beni lasciati da quest'ultimo, compresi anche quelli della sostituzione, per modo che allora non avendo i sostituti, al pari che i legatari, alcun possesso nè di dritto nè di fatto, dovranno dimandare il rilascio, quindi essi non hanno dritto a' frutti che dal dì della dimanda, o del rilascio compartito volontariamente (1). Se non che noi, siccome Coin-Delisle (art. **1048** (**1003**), n. 38) crediamo essere questo un errore.

Ed in vero per la morte del gravato avviene la risoluzione di *tutti* i suoi diritti so'beni da restituire, e niuno se ne trasmette agli eredi di lui. Questi dunque non hanno più diritto nè di possesso nè di proprietà, ma una semplice detenzione di fatto,

(1) Merlin (sez. 13, § 3); R. de Villargues (capitolo 2, sez. 2); Duranton (IX 611); Dalloz (sezione 2, art. 6).

un deposito della cosa altrui; cosicchè debbono farne non già il rilascio giusta i sensi dell'art. 1014 (968) ma la *restituzione*. Che un legatario alla morte del suo testatore acquisti solo il dritto di proprietà, rimanendo il dritto di possesso insieme al possesso di fatto nel rappresentante di colui, sta bene; ma il sostituito non riceve alcun dritto nè dal gravato, nè dal rappresentante di costui, egli quindi avrà una restituzione di fatto derivando i dritti in lui dall'autore della disposizione: ***non a gravato sed a gravante***.

Il sostituito adunque acquista dalla morte del gravato il dritto di proprietà, il dritto di possesso, e quello a' frutti direttamente ***a gravante***, in guisa che la dimanda a farsi al rappresentante di quello, mirerà ad aver la consegna di fatto, cioè a far cessare la detenzione puramente fisica. Anche nel caso che il sostituito sia l'erede del gravato, avrà l'investitura dei beni compresi nella sostituzione, non già col titolo di erede e per la medesima causa onde gli appartengono gli altri beni, ma come sostituto.

IX. — 235. Il nostro articolo dichiara che l'abbandono anticipato fatto dal gravato ai chiamati, non possa mai nuocere ai costui creditori.

Quindi, quale che sia l'obbietto di tale abbandono o la stessa proprietà dei beni (la quale dal nostro articolo vien designata col nome di ***godimento***, siccome abbiamo veduto al n. III) o il semplice godimento propriamente detto; abbiano o pur no i creditori un titolo autentico, parchè esso porti una data certa anteriore all'abbandono, essi, in ogni caso, nella insufficienza degli altri beni del loro debitore, avranno dritto di farsi pagare sulle rendite dei beni abbandonati. L'abbandono è permesso dal Codice purchè esso non noccia ai creditori, di guisa che appena ingeneri loro un pregiudizio, sarà come non avvenuto rispetto ad essi. Inoltre, se i chiamati che già abbiano ricevuto anticipatamente la proprietà de' beni, vengano a morte prima del gravato, i creditori potrebbero, nella mancanza di altri beni, pagarsi sulla proprietà di quelli abbandonati, e toglierli agli eredi legatari, o ad altri rappresentanti dei chiamati. In vero, se l'abbandono anticipato non fosse avvenuto, la premorienza dei chiamati avrebbe fatto rimanere i beni al gravato, ed i creditori di costui avrebbero ben potuto pagarsi sulla loro piena proprietà, quindi essi, non essendo bastevoli gli altri beni, possono procedere come se l'abbandono non fosse. — Se non che è fuori dubbio che se gli altri beni bastino al pagamento dei creditori, non più potrà affermarsi che l'abbandono anticipato sia stato loro di pregiudizio.

È certo eziandio, per una conseguenza del diritto comune, che l'abbandono anticipato non potrebbe nuocere a coloro in vantaggio di cui si fosse dal gravato alienato eventualmente la proprietà dei beni o qualsia dritto reale sopra di essi, avvegnacchè il gravato non avrebbe potuto trasferire ai chiamati un dritto, di cui già fosse spogliato e non più a lui appartenente. Così, se il gravato mi abbia dato o venduto i beni, l'abbandono posteriore non impedirà certamente che io conservi la proprietà soggetta bensì alla risoluzione, e ne acquisti irrevocabilmente la proprietà, siccome avrebbela acquistata egli stesso, se tutti i chiamati premorissero. Se egli abbia ceduto l'usufrutto, io lo serberò per tutto il tempo di sua vita, non ostante lo abbandono, nè mi verrà meno colla di lui morte, se per avventura allora non esistessero chiamati.

Medesimamente avrei fino che egli vive, la servitù reale stabilita a mio vantaggio (e la conserverei in perpetuo se i chiamati a pro dei quali si fosse fatto l'abbandono, morissero prima di lui.

X. — 236. A fin di completare l'analisi di questo articolo, indichiamo le cause onde si estinguono le sostituzioni.

Le sostituzioni si estinguono.

1. Per assoluta mancanza di chiamati. — Così, quando il gravato muoja, e non abbia procreato alcun figlio, o quando i chiamati esistenti gli sieno premorti, è fuori dubbio che i beni restano liberi nella successione. Se poi la disposizione deter-

mini uno o più sostituti, la morte di costoro estinguerà la sostituzione anche in vita del gravato; i beni quindi resterebbero immediatamente nelle proprie mani.

2. Per il ripudio dei chiamati a raccogliere la sostituzione. — In tal caso i beni restano liberi nella successione del gravato. Qui non trattasi del caso in cui la rinunzia ad accettare la donazione o il legato soggetti alla restituzione, sia fatta dal gravato, perciocchè allora non essendo la sostituzione per anco incominciata, non può certo terminare, ma invece, siccome non formasi punto la disposizione principale, così non può formarsi neppure la sostituzione, che ne è l'accessorio (Ved. sopra, n. VIII).

3. Per la estinzione de' gradi della sostituzione. — Così i primi sostituti (i soli), quando vi ha un solo grado, e se ve ne sieno più, i secondi, hanno il possesso dei beni puri e liberi da ogni obbligo ulteriore.

4. Per la perdita della cosa purchè avvegna senza colpa del gravato. — Se questi fosse in colpa, i sostituti avrebbero un'azione di danni-interessi contro di lui.

5. Finalmente per la revoca. — La sostituzione sarà revocata se al donante, che non aveva figli al momento della disposizione, ne sopravvenisse alcuno. La sopravvenienza farebbe revocarla sola se il figlio nascesse dopo che il sostituto sarà entrato nel possesso, travolgerebbe anco la donazione principale se la nascita avvenisse durante il godimento del gravato. — Revocherà del pari la sostituzione, trattisi di donazione o di legato, l'inadempimento degli obblighi. — Ugualmente la ingratitudine de' sostituti (art. 935 (859)); ingratitudine che meglio addimandasi indegnità nel caso del legato (art. 1046, 1047 (1001, e 1002)). Che se la ingratitudine (o la indegnità) sia del gravato, è risaputo che la revoca avviene per la sola liberalità di lui, senza pregiudicar punto a quella dei sostituiti (Vedi sopra, n. VII).

1054 (1010). — Le mogli dei gravati non potranno avere, sui beni da restituirsi, alcuna azione sussidiaria, in caso d'insufficienza di beni liberi, che pel solo capitale del denaro portato in dote, e nel caso soltanto in cui il testatore lo avesse espressamente ordinato.

237. Quel che l'articolo dice di un testatore si applica ugualmente al donante, essendo riconosciuto da tutti gli autori che trattasi di qualunque disponente; ond'è che il Codice ha usato la espressione di *testatore* perchè certamente le sostituzioni si stabiliscono più spesso per testamento che per donazioni fra vivi.

La legge benchè permetta le sostituzioni poco arrendevole ed a mo' di eccezione, tuttavolta non vuole che le si possano fare e disfare con lo stesso atto per modo che mentre da una mano si creino, dall' altra così si sovraccarichino da annientarle. Quindi quantunque un disponente possa a sua posta donare i propri beni senza sostituzione di sorta, pure se per avventura ne faccia, non gli è affatto lecito permettere al gravato di vincolare i beni da restituire con ipoteche, di cui le conseguenze tornerebbero dannose ai chiamati.

Se non che in un caso solo speciale è permesso dal Codice l'effetto di somiglianti obblighi, cioè per la ipoteca legale della moglie del gravato; ma bisogna che gli altri beni di costui non bastino, che trattisi del capitale del denaro dotale, e che la disposizione il consenta in termini formali. Così invano il disponente autorizzerebbe il gravato o a dare un'azione sussidiaria in vece della moglie ad altri creditori, ovvero ad estendere l'ipoteca legale di quella agl' interessi della dote o alle somme dovute per l'alienazione de' suoi propri. Invano Toullier (V, 745) e Villargues (*Rep.* di Fav., sez. 2, § 5) sostengono il contrario appoggiandosi sulla idea che si possa il più potendosi il meno. È noto quanto falsa sia tale idea nelle materie di stretto dritto, di che veggiamo un esempio molto analogo al nostro nell'art. 945 (869) il quale dichiara che co-

lui che potrebbe non far donazione, non abbia nondimeno il dritto di donare sotto condizione di pagare i debiti che lascerà al tempo della morte. D'altronde il nostro articolo è molto formale (1).

È questa la sola eccezione fatta al principio che estingue la proprietà del gravato, per il sopravvivere dei chiamati al tempo della sua morte.

Pertanto qualunque concessione d'ipoteche, alienazione, creazione di servitù sarebbero nulle rispetto ai chiamati: *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*.

238. Ma, checchè ne dica il giornale *du Palais* (*Rep.*, sez. 5), i chiamati non potrebbero allegare siffatta risoluzione se fossero puri e semplici eredi del gravato; perocchè tal qualità imponendo loro tutte le obbligazioni del defunto, essi dovrebbero come tali guarentire gli effetti della evizione che avrebbero cagionato come sostituiti; in tal caso dunque ben direbbesi *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*, per modo che i soli casi di rinuncia o di accettazione beneficiaria potrebbero far loro allegare la resoluzione.

L'ordinanza del 1747 per addentrare ancora più nella mente di quelli che sostituivano, e favorire più che si potesse l'idea *aristocratica* della conservazione dei beni *in natura* nella linea dei sostituiti, permetteva a costoro, quando erano puri e semplici eredi del gravato, di riprendere nulla di meno i beni dai terzi acquisitori *pagandone* loro il valore *in danaro* (titolo 2, art. 31). Ciò prova che la qualità di eredi puri e semplici era loro di ustacolo a dimandare la nullità dell'alienazione (2).

È evidente quindi che favore sì smoderato ed informato di aristocrazia sia interamente a ritroso dello spirito del Codice, nè potrebbe oggidì applicarsi.

§ 3. — *Dei procedimenti presi nello interesse dei chiamati.*

1055 (1011). — Colui che farà le disposizioni autorizzate dai precedenti articoli, potrà, collo stesso atto, o con un posteriore, in autentica forma, nominare un tutore incaricato dell'esecuzione di tali disposizioni: questo tutore non potrà essere dispensato se non per una delle cause espresse nella sezione sesta del capo secondo del titolo *della Minore età, della Tutela e dell' Emancipazione*.

1056 (1012). — In mancanza di questo tutore, ne sarà nominato uno ad istanza del gravato, o s'egli è minore, dal suo tutore, nel termine di un mese, da computarsi dal giorno della morte del donante o del testatore, o dal giorno in cui dopo questa morte, si avrà notizia dell'atto contenente la disposizione.*

239. Il tutore di cui qui è cenno, siccome dice l'art. 1055 (1011) è incaricato della esecuzione delle disposizioni. Egli dunque, oltre delle misure di precauzione indicate dagli articoli seguenti, ha ben anche in generale il dovere di badare, affinchè l'obbligo di restituire sia bene e fedelmente adempiuto, sopravvegliare il gravato onde muovergli lite tutte le volte che fosse necessario, essendo responsabile dei danni che la sua negligenza potesse ingenerare ai chiamati (art. 1073 (1029)).

Se non che egli non è tenuto ipotecariamente; perocchè il Codice non stabili-

(1) Maleville, Delaporte, Delvincourt, Grenier (n. 378); Duranton (n. 593); Dalloz (sez. 2, art. 5); Vazeille (n. 1); Coin-Delisle (n. 1); Duvergier (*su Toullier*).

(2) Vedi il testo dell'ordinanza nel *Codici Tripier*.

*— La decadenza del gravato di restituzione dal godimento dei beni nel caso che trascuri di fare istanza per la nomina del tutore, è penale assoluta e non perentoria. — I dritti del gravato non si devolvono ai futuri chiamati in caso di decadenza del gravato per solo ministero della legge: fa mestieri che siene chiesti, potendo la condizion penale essere rimessa dai chiamati. C. S. di Napoli. 16 nov. 1818.

sca l'ipoteca legale contro tutti i tutori, ma solamente contro quelli dati ai minori ed agl'interdetti (art. 2121 (2007). Or il tutore, onde qui è cenno, non è dato *personæ* ma solamente *rei*. Gli è così certo che non abbia alcuna tutela dei minori e degl'interdetti, che da un lato esisterebbe sempre, ancora che il chiamato fosse maggiore e capace, e dall' altro se questi fosse interdetto o minore, avrebbe pur sempre il suo tutore speciale. S' intende del pari, che in questa tutela non vi ha tutore surrogato.

240. Il tutore di cui parliamo, viene eletto o dallo stesso disponente, ovvero a cura del gravato, o del tutore che lo rappresenti.

La nomina può farsi dal disponente o con atto fra vivi, o per testamento che contenga la sostituzione, ovvero in un atto posteriore che sia autentico.

Quindi potrebbe farsi mercè atto stipulato da notaro, o ricevuto dal giudice di pace colla assistenza del suo cancelliere. Se non che è uopo riconoscere con Delvincourt, Toullier (V-747) e Vazeille (n. 1), e contro all' opinione di Coin-Delisle (n. 2), che sebbene l'atto posteriore possa non esser notarile, pure è necessario che sia autentico per modo che invano si farebbe con testamento olografo.

Quando la nomina non si fosse fatta dal disponente (o il tutore nominato sia estinto, o si scusi), sarà fatta a cura del gravato, ma non da lui, essendo assurdo che egli deputi a sè stesso il proprio censore. La legge non indica da chi debba farsi la scelta, ma nel rimettersene alla tutela ordinaria per le scuse che il tutore nominato potrebbe addurre, sta bene il dire (siccome fanno tutti gli scrittori) che debbano anche qui seguirsi le regole di quella o per lo meno adottarle per quanto si possa. Dunque il tutore sarà nominato dal consiglio di famiglia; e poichè la nomina vien fatta nello interesse dei chiamati figli del gravato, l' assemblea sarà composta dal giudice di pace con parenti o affini presi in metà dal lato paterno, ed in metà dal materno. Ma se i parenti o affini materni non sieno per anco noti, vale a dire se i chiamati non esistano perchè il gravato non sia ammogliato, sarà necessario che tutti i membri del consiglio si prendano dal lato solo di lui.

La nomina a cura del gravato, o del di costui tutore, è richiesta sempre dopo la morte del disponente, anche quando la disposizione siasi fatta per donazione fra vivi, perocchè il donante finchè viva darebbe da sè stesso esecuzione alle sue volontà, e il tutore sarebbe inutile. Ma se il disponente nel fare la donazione avesse nominato il tutore senza dichiarare che i poteri di lui si recheranno in atto dopo la sua morte, potranno alla loro volta procedere così il donante, che il tutore mandatario di quest' ultimo.

L' obbligo di far nominare il tutore debb' essere adempito dal gravato in un mese dal dì della morte, o da quello in cui avrà avuto notizia della disposizione.

1057 (1013). — Il gravato che non avrà adempito al prescritto dell'articolo precedente, sarà decaduto dal beneficio della disposizione, ed in questo caso, il diritto potrà dichiararsi devoluto a favore dei chiamati ad istanza o di loro stessi, se sono in maggiore età, e se sono minori o interdetti, ad istanza dei loro tutori o curatori, o di qualunque parente dei chiamati maggiori, minori, od interdetti, o anche *ex officio*, a richiesta del R. procuratore presso il tribunale di prima istanza del luogo in cui la successione è aperta.*

* — Le disposizioni dell'art. 1013 delle leggi civili, danno a qualunque parente il dritto di agire in dichiarazione di decadenza contro il gravato che non abbia adempito alla nomina del tutore alla sostituzione ai termini di ciò che si prescrive nell'art. 1012 delle leggi medesime. Tale mandato, come quello che deriva da particolari disposizioni della legge, non può incontrare ostacolo nelle disposizioni dell' art. 204 delle stesse leggi civili. C. S. di Napoli, 31 gen. 1828.

SOMMARIO

I. Numerose divisioni degli scrittori sulla interpretazione dell'articolo.
II. Senso della disposizione: la regola di decadimento è imperativa ed assoluta. — Si applica benchè non esistano chiamati, o sieno minori.
III. La assegnazione dei beni ai chiamati prima della morte del gravato è condizionale; ma in che senso? Altro dissentimento con gli scrittori.

I. — **241**. Assai discordi sono gli scrittori sul senso di questa disposizione.

I più dalle parole « *potrà* il dritto dichiararsi devoluto » inferiscono, che abbiano i magistrati la facoltà di dar cominciamento o pur no al diritto, e combinando tal pretesa facoltà con la regola di decadimento che la precede, insegnano che sia facoltativo anch'esso il decadimento (1). Altri affermano che la proposizione « *potrà* il dritto... » non sia facoltativa, ma ipotetica, significando, secondo essi, che il diritto sarà o pur no devoluto secondo che esisteranno o pur no dei chiamati, e che il decadimento sia imperativo. Fra essi, altri ammettono il decadimento contro qualsiasi gravato (Delvincourt, Maleville); altri contro i maggiori solamente (Coin-Delisle, n. 6); taluni contro i minori, di cui il tutore fosse solvibile, e non già contro gli altri (Duranton, IX, 568).

Vogliono alcuni che non si pronunzii il decadimento se non nella esistenza di chiamati per prendere i beni in luogo del gravato (Duranton, num. 567); dicono altri che dovrà sempre dichiararsi, e che i beni ritornino agli eredi del disponente (Delvincourt, Maleville, Coin-Delisle (n. 4)); altri che i beni si mettano sotto sequestro mettendone a capitale le rendite fino a che sopravvengano i chiamati, o per ritornare nella successione del gravato se per avventura alla morte di quest'ultimo non ve ne fossero.

II. — **242**. Quanto a noi, diciamo che tanta contrarietà di opinioni non si osserverebbe, ed in vece si sarebbero ammessi senza difficoltà i risultamenti indicati da Delvincourt, se meglio si fossero studiati i testi della legge e la storia della loro formazione.

E dapprima, non è egli evidente che il decadimento sia assoluto, indipendente dalle circostanze variabili cui si vorrebbe sottoporlo, e derivante dal solo fatto che non siasi adempiuta la regola dell'articolo precedente? « Il gravato che non avrà adempito... sarà decaduto » cosa vuolsi di più chiaro e di più formale? il gravato *sarà decaduto* senza distinguersi se esistano o no dei chiamati. — Se ve ne sieno, raccoglieranno essi i beni, e necessariamente sarà dichiarato il loro dritto incominciato. Diciamo sarà e non che potrà essere, avvegnachè la parola *potrà* non indichi la voluta facoltà del tribunale di dichiarare a suo arbitrio devoluto il dritto (facoltà che punto non esiste); neppure quella parola può a nostro giudizio esprimere la alternativa « secondo che vi sieno o no de' chiamati » (perocchè la condizione della esistenza dei chiamati sia talmente certa che per fermo non era mestieri di essere preveduta).

Secondo noi, tal parola serve solo ad indicare le persone cui è dato far dichiarare l'apertura, significando che *potrà* essere pronunciata sia su dimanda di tale o tal'altra persona, ovvero da un semplice parente del chiamato, o dal chiamato medesimo. — Se non esistano ancora sostituti, i beni ritorneranno agli eredi del disponente, i quali alla lor volta o li restituiranno ai chiamati, se ne sopravvengano, o se no, li faranno propri definitivamente.

Quest' ultima idea, sebbene fosse da parecchi scrittori con energia rigettata,

(1) Grenier (n. 385); R. de Villargues (cap. 2, sez. 2); Dalloz, sez. 2, art. 4); Poujol (n. 7); Vazeille (n. 1).

siccome quella che non può esprimere il pensiero della legge, sarebbe stata nulladimeno indubitabilmente riconosciuta vera, se si fossero consultati i lavori preparatori del Codice. Nel progetto di esso la regola del nostro articolo, non che essere isolata, si rannodava ad altra precedente, la quale, benchè soppressa dal Consiglio, lascia scorgere compiutamente il significato di quella che ci resta...

Dichiarava un primo articolo che le disposizioni con sostituzione sarebbero nulle se il disponente non avesse nominato il tutore; prescriveva un altro (il presente articolo 1056 (1012)) che quando alla morte del disponente, o non più esistesse il tutore nominato, o si fosse scusato, era obbligo del gravato farne surrogare un altro; infine un terzo articolo (che è il nostro) aggiungeva, che laddove quest'ultimo non adempisse a siffatta prescrizione, sarebbe decaduto, salvo a chiamare in sua vece i sostituti (art. 133, 134 e 135 del progetto: Fenet, XII, p. 405). Così: 1° vi era nullità radicale della disposizione, ed insieme della sostituzione se il disponente non nominava il tutore; 2° annullavasi la disposizione, mantenendosi bensì la sostituzione, allorchè la mancanza del tutore derivava da colpa del gravato. Eran queste le regole del progetto. Non esistendo più la prima di esse, ne segue che insieme con l'obbligazione del disponente si è tolta altresì la sanzione che l'accompagnava, per modo che il disponente ha sempre il dritto, ma non l'obbligo di nominare il tutore. All'opposito, rimasta la seconda regola qual'era, il gravato ha l'indeclinabile dovere di farlo nominare se non esista, e l'inadempimento di tale obbligazione vien punito con la perdita della sua liberalità (1). Adunque, mancando i chiamati, i beni apparterranno agli eredi del disponente; e come mai maravigliarsene sapendosi essere tal regola l'avanzo di un sistema, in cui la mancanza della nomina del tutore doveva talvolta attribuirglieli non ostante che esistano de' sostituti?

Gli eredi quindi prenderanno i beni; li restituiranno a' sostituti se ne nascessero, o nel caso contrario, li riterranno per loro.

243. Se il gravato fosse minore, sarebbe similmente decaduto, tranne non fosse sprovvisto di tutore: infatti l'obbligo, cui è sanzione la perdita della liberalità, viene imposto dall'articolo precedente a tal tutore; e l'art. 1074 (1030) dichiara generalmente che il gravato minore non è ammesso a restituzione contro l'inadempimento delle regole prescritte dagli articoli del nostro capitolo. Invano dunque Coin-Delisle assume che tale disposizione non sia sì generale come sembra; che essa si riferisca a taluni articoli solamente, e che « l'art. 1057 (1013) non sia compreso nella enumerazione che i compilatori *volean* fare e *non* fecero »: si intende bene che simigliante dottrina è quanto arbitraria, altrettanto facile. Quest'arbitrio è ancora più aperto, se pur sia possibile, nella dottrina di Duranton, il quale mentre riconosce l'applicabilità dell'art. 1074 (1030), vuole che se ne eccettui il caso in cui il tutore fosse insolvibile, senza badare che l'articolo dica a chiare note che il gravato minore non potrà essere restituito neppure nel caso d'*insolvibilità* del suo tutore. Sarebbe altrimenti se il gravato minore fosse stato senza tutore nel corso del termine in cui doveva farsi la nomina; avvegnachè l'art. 1056 (1022) imponga la obbligazione al gravato maggiore, o al tutore del gravato minore, e nel caso dianzi cennato non esisterebbe nè l'uno nè l'altro. Allora spetterebbe alle parti interessate far nominare prontamente un tutore (406 (327)).

III. — 244. Dicono unanimemente gli scrittori, che il rilascio fatto ai chiamati viventi al tempo del decadimento del gravato, sia puramente provvisorio e condizionale, dovendosi l'attribuzione dei beni regolare definitivamente secondo lo stato di famiglia al tempo della morte di quello. Giusta tale dottrina, non solo i chiamati nati dopo la fatta sostituzione divideranno

(1) Parigi. 29 mag. 1841; Rig., 17 aprile 1843; Dev., 41, 2, 379; 43, 1, 49.

i beni con quelli che li avevano dapprima ricevuti, ma eziandio se costoro muojano prima del gravato, e sopravviva ad essi uno degli ultimi nati, avrà egli solo tutti i beni, e gli eredi dei predefunti nulla conserverebbero; se al contrario niun chiamato sopravvive al gravato, apparterranno agli eredi del disponente.

Quanto a noi ci scostiamo dalla seconda parte di tal dottrina, perocchè quantunque fosse vero che il rilascio fatto al tempo del decadimento sia condizionale, pure non ci sembra che sia tale nel senso dianzi indicato. S'intenderà indubitatamente la condizione che i beni debbano dividersi con i sostituiti che potessero sopravvenire, ma non certamente sotto quella che apparterranno ai sostituiti sopravviventi al gravato. Così, quando al tempo in cui si sarà dichiarato il decadimento esista un figlio, e ne sopravvenga poscia un secondo, i beni non resteranno al primo interamente, ma si divideranno in metà per ciascuno, se ne sopravvenga un terzo sarà anche il terzo la parte di ognuno, e così via discorrendo. Se non che il risultamento non dipenderà dalla morte di ciascun chiamato, poichè se pure il primo chiamato fosse morto quando sopravvenga il terzo, la divisione sarebbe sempre fatta in tre parti, cioè fra i due ultimi ed i successori del primo, e non già in metà fra quelli soltanto; chè se tutti e tre muojano prima del gravato, conseguiranno i beni non gli eredi del disponente, ma gli eredi o gli altri successori di quelli. Il che sembraci una necessaria conseguenza del principio, che la sostituzione in tal caso, cominci ai sensi del nostro articolo, non già alla morte del gravato, ma al punto del suo decadimento: e veramente appena il dritto del sostituito rimanga *aperto* ed abbia effetto, cessa di essere una semplice speranza, in guisa che per la morte trasferiscesi ai suoi eredi nel modo stesso in cui si avea, val quanto dire con l'obbligo di dividerlo egualmente con tutti i chiamati che sopravverranno.

Quel che si è detto pel caso in cui esistano dei chiamati, allorchè si dichiari il decadimento del gravato e la apertura del dritto, vien del pari osservato allorchè i beni fossero presi, per mancanza di chiamati, prima dagli eredi del disponente, e poi da essi restituiti ai chiamati sopravvenienti.

245. La legge è abbastanza chiara nell'indicare da chi possa dimandarsi la dichiarazione dell'incominciamento del dritto dei chiamati; quindi non fa d'uopo di alcun schiarimento. Ben si comprende altresì che quando nella inesistenza dei chiamati, si tratti semplicemente di provare il decadimento del gravato e la revoca della liberalità, cotesta azione spetta agli eredi del disponente.

1058 (1014).—Dopo la morte di quello che avrà disposto coll'obbligo della restituzione, si procederà nelle forme ordinarie all'inventario di tutti i beni, ed effetti componenti l'eredità, eccettuato però il caso in cui non si tratti che di un solo legato particolare. Quest'inventario conterrà la stima a giusto prezzo dei mobili ed effetti mobiliari.

246. La seconda formalità richiesta dalla legge nello interesse dei chiamati, è l'inventario e la stima de' mobili compresi nella disposizione fatta a titolo universale e per atto di ultima volontà.

Un inventario non si fa che per i mobili; quindi non dubitiamo di affermare con Coin-Delisle (n° 8), malgrado la contraria opinione di Toullier (V, 753) che il nostro articolo intenda ristringere ad essi la sua disposizione. Anche altri testi oltre il nostro (ved. art. 451, 794, 1031, ec. (374, 711, 986, ec.)) parlano in generale d'inventario *de' beni*, ma nissuno ha giammai dubitato sul senso di tale espressione: si tratta di *beni capaci* d'inventario, perocchè, giova ripeterlo, non si fa inventario degl'immobili (V. art. 600, 626 ec. (525 M, 551, ec.) C. c.; 943 (1049) C. pr.).

Il nostro articolo fa eccezione per le di-

sposizioni a titolo particolare; oltre di che non applicasi punto alle donazioni fra vivi siccome emerge dalla stessa eccezione, che parla di *legato* particolare. Così la regola concerne i legati o le istituzioni contrattuali che abbiano per oggetto l'universalità dei beni, o l'universalità de' mobili, o una quota dell'universalità di quelli e di questi (art. 1003, 1010 (929, 914)). Se non che alle donazioni fra vivi sarà necessariamente annesso uno stato estimativo dei mobili donati (art. 948 (872)).

1059 (1015).—Sarà fatto l'inventario ad istanza del gravato di restituzione, e nel termine stabilito nel titolo delle successioni, alla presenza del tutore nominato per l'esecuzione. Le spese si dedurranno dai beni compresi nella disposizione.

247. Il gravato ha tre mesi per formare l'inventario, giusta l'art. 795 (712) e non quattro mesi e dieci giorni; siccome vuole, Toullier (n° 751), perocchè i 40 giorni, di cui parla il secondo paragrafo del detto articolo, sono accordati all'erede non per l'inventario, ma per deliberare dopo fatto quello, se debba accettare puramente, o col beneficio, o rinunziare.

Le spese non gravano sulla successione del defunto (essendo l'inventario necessario non per essa, ma per la liberalità del defunto, per modo che sarebbe ingiusto far pagare le spese agli eredi); neppure sono a peso personale del gravato (avvegnachè la liberalità che vi dà occasione concerna non solo quest' ultimo, ma anco i sostituiti); ma saranno a carico de' beni sostituiti, in guisa che graveranno sopra tutti quelli che vantaggiano della disposizione. Che se l'inventario, a prescindere dell'esistenza della sostituzione, fosse necessario per l'assenza o la minor età di qualche erede o per altra qualsiasi circostanza, le spese si prenderanno dalla massa; per modo che graveranno in parte proporzionale e sopra i beni sostituiti, e sopra quelli che restino nella successione *ab intestato*.

1060 (1016). — Se nel termine sopra espresso ad istanza del gravato non siasi eseguito l'inventario, si procederà alla sua formazione nel mese seguente, ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione, ed in presenza del gravato stesso, o del suo tutore.

1061 (1017).—Se non si è soddisfatto al prescritto nei due precedenti articoli, si procederà allo stesso inventario, sulla istanza delle persone indicate nell'articolo 1057 (1013), chiamandosi il gravato od il suo tutore, ed il tutore nominato per l'esecuzione.

248. Se l'inventario non si fosse fatto a richiesta del gravato nei tre mesi dalla morte del disponente, l'obbligo di farlo eseguire è del tutore della disposizione, e se questi nol faccia nel mese seguente, avranno il dritto di richiedere l'adempimento indistintamente i chiamati o i loro tutori o curatori, i parenti di quelli, ed il procuratore della Repubblica presso il tribunale nella giurisdizione di cui siasi aperta la successione.

1062 (1018). — Il gravato a restituire dovrà far procedere alla vendita, mediante affissi, ed incanti, di tutti i mobili ed effetti compresi nella disposizione, a riserva però di quelli di cui si fa menzione nei due articoli seguenti.

249. L'ordinanza del 1747 scritta con ispirito di aristocrazia e per conservare *in natura* i beni nelle famiglie, riguardava con poco favore la sostituzione dei mobili, la conservazione e la restituzione dei quali in natura sono bene spesso difficili e di poca utilità; quindi non l'ammetteva senza condizione che per i mobili *compresi* in

una disposizione universale o di quotità (art. 4). Quindi erano anche nulle le disposizioni speciali di mobili, quando il disponente non si fosse dato pensiero di ordinarne espressamente la vendita (art. 5); permettendosene solo per eccezione la conservazione in natura 1. per le cose che servivano all'uso e all'ornamento dei castelli o delle case sostituite, e 2. per gli armenti, e gli utensili necessari alla coltivazione delle terre (art. 6 e 7).

Il Codice civile formato con uno scopo diverso dell'ordinanza, non ha voluto proibire, nè restringere le disposizioni speciali dei mobili; ond'è che quando il nostro articolo parla di *mobili compresi nella disposizione* significa evidentemente non solo i mobili contenuti in una disposizione universale, siccome prescriveasi nell'art. 4 dell'ordinanza, ma ben anche quelli che formassero l'obbietto di una disposizione particolare. Quindi l'atto sarebbe valido tanto nel secondo che nel primo caso, e sempre il gravato dovrebbe far vendere i mobili, salvo le eccezioni indicate nei due articoli seguenti.

Cotesti due articoli sembrano a prima giunta riprodurre le disposizioni degli articoli 6 e 7 dell'ordinanza, ma noi vedremo che uno di essi è scritto in un senso differente ed assai più esteso.

1063 (1019). — La mobiglia, e gli altri effetti mobiliari che si sono compresi nella disposizione, coll'obbligo espresso di conservarli in natura, saranno rimessi nello stato in cui si troveranno al tempo della restituzione.

250. L'articolo settimo dell'ordinanza autorizzava la conservazione in ispecie, con espresso ordine del disponente, pei mobili inservienti all'uso o all'ornamento dei castelli o case, che facevano parte della sostituzione; solo quando tali mobili fossero dipendenti, o accessori dell'immobile sostituito, il disponente poteva fare a meno di ordinare la vendita. Il nostro articolo all'incontro permette, che il disponente faccia restituire in ispecie tutti i mobili che vorrà designare, quando pure essi fossero l'unico oggetto della disposizione; così io posso donare a Pietro la mia argenteria (e non altro) col carico di restituirla in ispecie ai suoi figli.

1064 (1020) — Il bestiame e gli utensili inservienti alla coltura delle terre, s'intenderanno compresi nelle donazioni tra vivi o testamentarie delle stesse terre; ed il gravato sarà tenuto solamente a farli stimare e valutare per corrispondere l'eguale valore al tempo della restituzione.

251. La prima disposizione di quest'articolo, utilissima nell'ordinanza, poteva andar non espressa nel Codice.

L'articolo 524 (447) generalizza l'idea bandita dall'ordinanza per le sostituzioni, e dichiara come principio assoluto, che gli animali e gli utensili addetti dal proprietario alla coltura del suo fondo diventano immobili per destinazione, e fanno una cosa sola col fondo; quindi la disposizione del presente articolo, che era eccezionale nell'antico dritto, fa quì una speciale applicazione di un principio di dritto comune. Essendo riconosciuto in principio che gli animali e gli utensili addetti ad un podere sieno legalmente una parte di esso, qualunque sia la disposizione del podere (fosse ella gravata di sostituzione, o una semplice liberalità, ovvero a titolo oneroso) abbraccia evidentemente gli animali e gli utensili, tranne che il contrario non fosse formalmente espresso. Essendo stato decretato il nostro articolo il 3 maggio 1803, e quello della *distinzione dei beni* ai 25 gennaro 1804, si ignorava se si fosse abbracciato il principio dell'immobilizzazione; e quando fu ammesso, non si badò a toglier di mezzo la presente disposizione diventata inutile.

Per questo nuovo principio del Codice,

non solo gli animali e gli utensili sarebbero soggetti alla disposizione del nostro articolo, ma tutti i beni; i quali, mobili per indole loro, sono immobili per destinazione secondo gli articoli 522-525 (445 448); tutti saran compresi nella disposizione dell'immobile di cui legalmente fan parte.

252. Quando il gravato deve conservare gli animali, e gli utensili per restituirli in ispecie; egli non restituirà le identiche cose nello stato in cui potrebbero essere, avvegnacchè per lo più potrebbero non esistere, o per lo meno essere molto svilite. Egli dovrà farle stimare, per restituirne altre di un egual valore; per restituirne di egual *valore*, diciamo, e non già *un valore* eguale perchè non deve restituire il valore delle cose, ma le cose stesse. L'articolo dell' ordinanza, che i compilatori del Codice vollero riprodurre, e copiarono, diceva, *per restituirne di un valore eguale*, e da tutti si riconosce che, o fu soppressa la particella *di* per disaccortezza, o che si è voluto dire: « un valore in animali ed utensili » e non già un valore in danaro.

1065 (1021).—Il gravato dovrà impiegare, nel termine di sei mesi da computarsi dal giorno della ultimazione dello inventario, il contante che sarà trovato, quello proveniente dal prezzo dei mobili ed effetti stati venduti, e ciò che si sarà ricevuto in conto dei crediti ereditari.*

1066 (1022).—Il gravato sarà parimente tenuto ad impiegare il danaro che proverrà in seguito dall'esazione dei crediti, e dall'affrancazione delle rendite, entro tre mesi al più tardi dopo seguita l'esazione.

253. Questi, e i due seguenti articoli ci indicano la quarta, ed ultima formalità voluta nello interesse dei chiamati, cioè lo impiego di tutte le somme che fan parte della sostituzione. — Tutte quelle che esistono quando si chiude l'inventario (o che provengano da pagamenti di crediti fatti nello intervallo, dalla morte del disponente alla chiusura dello inventario; o dal ritratto della vendita dei mobili, o da altra qualsivoglia causa) debbono essere impiegate entro sei mesi dal giorno della chiusura, salvo il dritto che ha il gravato di far protrarre il termine, se occorre, dal magistrato. — Quelle somme che provengono da pagamenti fatti dopo chiuso lo inventario, debbono essere impiegate entro tre mesi, dal giorno che si son ricevute.

1067 (1023).—Se il disponente avrà specificato la qualità degli effetti nei quali deve farsi l'impiego, sarà ciò eseguito ai termini della sua disposizione; diversamente non potrà farsi l'impiego medesimo, che coll'acquisto dei beni immobili, o con poziorità d'ipoteca sui beni immobili.

1068 (1024).—L'impiego prescritto nei precedenti articoli, sarà fatto coll'intervento e ad istanza del tutore nominato per l'esecuzione.

254. Sebbene la legge vuole che quando il disponente non abbia indicato l'impiego, si acquistino immobili, ovvero un privilegio sopra immobili; parecchi scrittori (1) insegnano essere bastevole una prima ipoteca; e Vazeille (n. 1.) spingendo più in là cotesta dottrina di arbitrio pretende, che si potrebbe, secondo i casi, esser contento di un' ipoteca di secondo o terzo ordine. La legge ci sembra troppo formale, epperò non possiamo accostarci a tale opinione; stimando con Delvincourt (cap. 4, § 1, sezione 3) Grenier (n. 389) e Demante (11 460) essere indispensabile l'impiego sopra

* Nel corrispondente articolo 1021 delle ll. cc. è stato infine aggiunto:
« Questo termine, quando occorra, potrà prorogarsi. »

(1) Toullier (V-760); Duranton (IX-974), Colin-Delisle (n. 2); *J. du Pal.* (sez. 6).

un privilegio. Indarno si dice che una prima ipoteca sopra un immobile libero valga un privilegio: ciò è falso, avvegnachè il privilegio vada sempre innanzi l'ipoteca, quando pure fosse nato dopo (art. 2095 (1965)).

Si obbietta che il privilegio non potendo derivare, come l'ipoteca, dalla volontà del donatore, sarebbe troppo difficile farne l'impiego. Ma si può bene impiegare con privilegio, mercè la surrogazione (articolo 1250-1°, 2°; 2103-2°, 5° (1203-1° 2°; 1972-2°, 5°.;)) e supponendo che il gravato non potesse farla, egli potrebbe sempre comprare immobili.

Se scorsi i termini voluti, il gravato non avesse fatto l'impiego, il tutore di ciò incaricato, potrebbe astringerlo a depositare le somme nella cassa dei depositi. Se egli le lasciasse presso il gravato, e poi andassero perdute per la sostituzione, ne dovrebbe rispondere; avvegnachè spirato il termine, egli è in colpa di lasciare i capitali a disposizione del gravato (articolo 1073 (1029)).

§ 4. — *Dei provvedimenti ordinati nello interesse dei terzi.*

1069 (1025). — Le disposizioni per atto tra vivi o per testamento, col peso di restituzione, dovranno rendersi pubbliche ad istanza, o del tutore deputato per l'esecuzione, cioè quanto ai beni immobili, mediante la trascrizione degli atti sui registri dell'ufficio delle ipoteche del luogo ove sono situati; e quanto alle somme impiegate sui beni immobili con poziorità d'ipoteca, mediante l'iscrizione sui beni medesimi.

255. Affin di garentire coloro che contraggono col gravato dai danni, che potrebbe loro cagionare la ignoranza dell'indole risolubile dei dritti del gravato, la legge obbliga costui, non che il tutore alla disposizione, a render pubblico l'obbligo di restituire che grava sopra i beni.

La pubblicità si ottiene per gl'immobili colla trascrizione dell'atto d'acquisto sopra i registri del Conservatore del luogo ove essi son siti; e per le somme impiegate, colla iscrizione presa contro gl'immobili soggetti al privilegio che deve garentirli giusta l'articolo 1067 (1023).

Così per gl'immobili donati in ispecie dal disponente, si fa trascrivere lo stesso titolo della disposizione (di modo chè questa regola di trascrizione che armonizzata con quella dell'art. 939 (863), dove sia una donazione fra vivi, serve a doppio fine, è nuova pei testamenti); per gl'immobili comprati dal gravato, a fin di impiegare le somme sostituite trascrivesi l'atto di vendita, nel quale il tutore ha dovuto far manifesto, che la cosa acquistavasi per la sostituzione; finalmente pei capitali impiegati col privilegio, si farà fare una iscrizione, che menzioni pariemente l'obbligo di restituire. — Trattandosi di una seconda liberalità che riferisca l'obbligo di restituire ad una antecedente donazione (art. 1052 (1008)), sarebbe necessario per quei beni così gravati, si trascrivesse tal nuova disposizione al margine della trascrizione della prima; il che non dispenserebbe, se i beni della nuova liberalità fossero essi stessi gravati di sostituzione, di fare una speziale trascrizione del nuovo atto al suo grado, e nell'afficio dove son siti i beni novellamente donati. — I mobili che fossero conservati in ispecie (articolo 1063 e 1064 (1019 e 1020)), non sarebbero altrimenti garentiti che colla sorveglianza del tutore; se fossero alienati dal gravato, gli acquirenti anche a titolo gratuito sarebbero al coverto per effetto dell'art. 2279 (2185); e i chiamati avrebbero un'azione per essere ristorati dal gravato, ed anche dal tutore, se per parte sua vi fosse stata negligenza.

1070 (1026). — La mancanza di trascrizione dell'atto contenente la disposizione

potrà dai creditori, e dai terzi possessori, essere opposta, anche ai minori, od interdetti, salvo il regresso contro il gravato ed il tutore nominato per l'esecuzione, e senza che i minori o gl'interdetti possano essere restituiti in intero contro l'omessa trascrizione, quand'anche il gravato ed il tutore non fossero solvibili.

256. Tutti i creditori e gli acquirenti del gravato, purchè tali sieno a titolo oneroso (perchè noi vedremo coll'art. 1072 (1028) che la nostra disposizione non è applicabile ai donatari o legatari), possono giovarsi della mancanza di trascrizione, o di iscrizione, e non esistendo l'una o l'altra, far ciò, che avrebbero fatto, se i beni anzichè gravati di sostituzione, fossero stati liberi nelle mani del gravato. La legge ha voluto tanto badare agl'interessi dei terzi, che la insolventezza stessa del gravato e del tutore, non farebbe che i chiamati potessero attaccar quelli che han col gravato contratto.

1071 (1027). — La mancanza della trascrizione non potrà essere supplita od iscusata per la notizia che in qualunque altro modo i creditori, od i terzi possessori potessero avere avuto della disposizione.

257. Questo e il precedente articolo si applicano alla mancanza tanto dell'iscrizione che della trascrizione, sebbene essi non ne facciano cenno. — Del resto, la omissione è abbastanza supplita dai termini dell'art. 1072 (1028).

La disposizione del nostro articolo, per quanto severa, è troppo formale: la legge tiene tanto a rendersi pubblico l'obbligo di restituire, che non ammette equivalente di sorta ai mezzi indicati all'uopo da essa.

1072 (1028). — Non potranno in alcun caso i donatari, legatari o gli eredi legittimi di colui che avrà fatto la disposizione e neppure i loro donatari, legatari, od eredi, opporre ai chiamati la mancanza di trascrizione od iscrizione.

SOMMARIO

I. Tale inammessibilità si applica agli eredi donatari e legatari del gravato.
II. Quest'articolo prova che il Codice non distingue la trascrizione dell'atto come sostituzione, da quella richiesta come donazione: conseguenza.
III. Esso prova anche, che, come abbiamo già detto, la mancanza di trascrizione come donazione, non può essere apposta dai donatori e legatari del donante.

I. — 258. Il presente articolo nega il dritto di allegare la mancanza di trascrizione o di iscrizione: 1. ai donatari, legatari o eredi del disponente, cioè a tutti i suoi aventi causa a titolo gratuito, 2. ai donatari, legatari o eredi degli stessi aventi causa; or siccome il gravato medesimo è sempre un avente causa a titolo gratuito del disponente, così i donatari, legatari o eredi di lui non possono giammai dolersi della mancanza di trascrizione, come noi abbiamo detto sotto l'art. 1070 (1026).

II. — 259. Ma la regola non solo è necessariamente applicata al gravato (essendo egli necessariamente compreso nella classe degli eredi donatari, o legatari del disponente), ma abbraccia in termini abbastanza formali tutti i donatari, legatari o eredi del disponente.

Or secondo noi, la è questa un' altra prova di ciò che fu detto sotto l'art. 941 (865) num. IV, che la trascrizione di un atto come donazione secondo l'art. 939 (863), segue le medesime regole che la trascrizione giusta l'art. 1069 (1025), e che gli acquirenti a titolo gratuito non possono al-

legare la mancanza nè dell' una nè dell' altra.

Infatti, se il legislatore, anzichè vedere, come noi pretendiamo, una sola trascrizione, identica sempre nell' indole sua e nei suoi effetti, avesse voluto distinguere la trascrizione per sostituzione da quella per donazione; se l'art 1072 (1027) nel parlare della mancanza di trascrizione, non avesse voluto che la mancanza della trascrizione per sostituzione, supponendo fatta quella per donazione (trattandosi di una donazione), non avrebbe detto il medesimo che qui; nè dichiarato che i legatari, o eredi del *disponente*, non possano allegare la mancanza di trascrizione. Affinchè una persona avesse o pur no il dritto di agire in tal caso, è necessario innanzi tutto che abbia interesse a farlo; or le sopraddette persone non ne hanno alcuno.

Così, ad esempio, Pietro mi ha donato fra vivi un podere, coll' obbligo di restituirlo al primogenito dei miei figli; ho fatto trascrivere la donazione, ma per disaccortezza si è trascurata la frase relativa all' obbligo di restituire; cotalchè l'atto è trascritto come donazione, e non già come sostituzione. La trascrizione in tal caso, farebbe conoscere che il podere appartenga non a Pietro, ma a me qual donatario, ma non già che io ne abbia una proprietà risolubile in vantaggio dei miei figli. Ora se il nostro articolo avesse voluto parlare di tale ipotesi, ossia della mancanza di trascrizione, quanto alla sola sostituzione, non avrebbe certamente discorso di donatari, legatari, o eredi del *disponente*. Dopo fatta a me la donazione, che io come tale ho trascritto, Pietro ha donato o legato a voi il medesimo podere.

Forse in tal caso avreste voi potuto venir dicendo ai miei figli « lo ben conosceva, che il podere non fosse più di colui che me lo donava, ma fosse invece proprio di vostro padre; ma ignorando che vostro padre fosse obbligato di restituirvelo, io ve lo ritolgo. Non avendo saputo, mercè la trascrizione quanto alla sostituzione, che fosse risolubile la proprietà di vostro padre; e all' incontro saputo, attesa la semplice trascrizione della donazione, che la proprietà fosse irrevocabile, io debbo aver quindi il vantaggio della liberalità fattami più appresso dal donante di vostro padre, quando non aveva alcun dritto sulla cosa? » Una pretensione cotanto ridevole, non sarebbe stata mai proposta, nè il legislatore ha potuto fare una speziale disposizione per dichiarare inammissibile siffatta celia.

Dunque, siccome il legislatore qui dichiara non ammissibili, non solo gli aventi causa a titolo gratuito, ma eziandio gli aventi causa a titolo gratuito del *disponente*, così non vi ha che una sola ed unica trascrizione che ad un tempo vale per la donazione, e per la sostituzione.

260. Questa medesima verità viene anche provata dall' avere il nostro articolo respinto soltanto gli aventi-causa a *titolo gratuito* del disponente, e non già quelli a titolo oneroso.

Difatti, se il Codice avesse voluto parlar del caso in cui fosse pubblica la donazione, senza che tale fosse la sostituzione, avrebbe di certo dichiarato non ammissibili tutti gli aventi causa del disponente, compresi quelli a titolo oneroso.

Quando la disposizione tra vivi, che Pietro mi ha fatto del suo podere, è trascritta una volta come donazione, quello a cui Pietro *venderebbe* poi il podere, non ha interesse di conoscere la sostituzione, più di quanto non ne abbia colui, a cui egli lo *donerebbe*: a voi che comprate da Pietro, che monta conoscere, se il fondo mi appartenga irrevocabilmente, o se debba restituirlo poi ai miei figli? Facendovi conoscere colla mia trascrizione come donazione, che la proprietà appartiene a me e non più a Pietro, voi ben conoscete che Pietro non ha più il dritto di venderla, nè voi dovete comprarla; e se ciò avete imprudentemente fatto, non è certo questa una ragione per dolervi di non avere conosciuto la sostituzione, che nuoce non a voi, ma a me; a voi nuoce la donazione, non la sostituzione; ma la donazione trascritta è stata a voi nota.

Pertanto dall'essere l'inammissibilità sta-

bilità contro quelli a cui il disponente abbia trasmesso a titolo gratuito; noi caviamo altra prova, che si tratta di una trascrizione, la quale valga insieme come sostituzione, e come donazione.

260 *bis*. Così il nostro articolo è scritto solo per il caso in cui la disposizione fatta coll'obbligo di restituire, non sia stata affatto trascritta; e gli aventi-causa a titolo gratuito del disponente, quando pure potessero tacciare il donatario gravato dell' assoluta mancanza di trascrizione, non potranno far similmente coi chiamati. Conseguentemente, anche nel sistema di quelli che insegnano potere i donatarî e legatarî del donante allegare contro il donatario anteriore il manco di trascrizione, cotesti donatarî o legatarî non potrebbero avere i beni, che durante la vita del donatario, gravato e sarebbero obbligati di restituirli ai chiamati alla morte di quello.

III. — 261. Ma siccome abbiam veduto (art. 941 (865), numero IV) noi non abbracciamo quest' ultimo sistema, e secondo la nostra dottrina (che è pur quella di Merlin, Guilhon, Grenier e della giurisprudenza), i donatarî e legatarî posteriori non possono allegare la mancanza di trascrizione contro il precedente donatario. La qual dottrina è pure giustificata dal nostro articolo.

Invero, perchè nega il Codice ai donatarî e legatarî il dritto di allegare la mancanza di trascrizione contro i chiamati? forse per un favore speciale a costoro? ma i sostituti son guardati meno benignamente che un ordinario donatario; la sostituzione è permessa per eccezione a un principio di severo divieto, essendo di dritto comune la semplice donazione; il sostituto, mancando la trascrizione, vede ritogliersi i beni (dagli aventi-causa a titolo oneroso) quand'anche sia minore o interdetto, e il tutore, e il gravato sieno insolventi (art. 1070 (1026)), e chi dimanda sia di mala fede notoria (art. 1071 (1027)). — Dunque non già per un favore speciale egli è sottratto all'azione dei donatarî e legatarî, ma piuttosto per la idea naturalissima e molto equa che fra due, i quali contendono entrambi *de lucro captando*, quegli che ha un titolo antecedente debba anteporsi all'altro, e la condizione rigorosa di una preventiva trascrizione per lo acquisto del dritto rispetto ai terzi è imposta solo in vantaggio di quelli che reclamano un dritto stabilito a titolo oneroso; la quale idea è applicabile tanto ai donatarî ordinarî, che ai sostituti. Così, secondo noi, del pari che gli acquirenti a titolo oneroso, non han mai bisogno della trascrizione rispetto ai posteriori acquirenti, anche a titolo oneroso; così gli acquirenti a titolo gratuito non ne hanno, rispetto agli altri acquirenti a titolo gratuito: la trascrizione è necessaria, quando vi sia un acquirente a titolo oneroso in faccia a un donatario, e gli art. 941 e 1070 (865 e 1026) intendono parlare di quelli che hanno un interesse acquistato a titolo oneroso.

1073 (1029). — Il tutore nominato per l'esecuzione sarà personalmente risponsabile, quando non siasi pienamente uniformato alle regole sopra stabilite per comprovare lo stato dei beni, per la vendita dei mobili, per l'impiego del danaro, per la trascrizione e l' iscrizione, e generalmente se non ha praticate tutte le diligenze necessarie all'oggetto, chè bene e fedelmente venga adempito l'obbligo della restituzione.

1074 (1030). — Se il gravato è in età minore, non potrà, anche nel caso d' insolvibilità del suo tutore, essere restituito in intero contro l'inadempimento delle regole che gli sono prescritte negli articoli di questo capo.

262. Le disposizioni di questi due articoli si trovano spiegate con ciò che dianzi abbiamo detto, massime sotto gli articoli 1054 e 1057-II (1010 e 1013).

CAPITOLO SETTIMO

DELLE DISPOSIZIONI FATTE DAL PADRE DALLA MADRE O DA ALTRI ASCENDENTI TRAI LORO DISCENDENTI

1075 (1031). I padri e le madri e gli altri ascendenti potranno dividere e distribuire i loro beni tra i loro figli e discendenti.

263. La legge ha voluto dare ai padri di famiglia un mezzo onde prevenire le liti che sogliono troppo spesso sorgere nella divisione della eredità, facultandoli a regolare essi stessi la divisione fra i loro figli.

Questa divisione della eredità dello ascendente fatta da lui medesimo, non può altrimenti farsi, come vedremo coll' articolo seguente, che colla forma e con tutte le regole di una donazione, o di un testamento. La divisione non è un testamento, una donazione, non è propriamente una liberalità, ma piuttosto una eccezione del dritto di successione; non si crea un dritto ai beni, ma si regolano semplicemente i dritti successori conferiti dalla legge.

Però le disposizioni si applicano tanto alla riserva, come al disponibile, siccome è provato dal nostro articolo; però anche il disponente non è libero di trascurare alcuno dei suoi figli (1078 (1034)), nè di violare il gran principio dell' eguaglianza fra gli eredi (1079 (1035)).

Le regole che noi spiegheremo avrebbero potuto ben collocarsi tanto nel titolo delle *Successioni*, che in questo delle *Donazioni*, non appartenendo alla materia delle donazioni, che per il modo di recare in atto la divisione di cui parliamo.

Questa disposizione che non è una divisione ordinaria di successione, e nemmeno una liberalità propriamente detta, ma sta di mezzo all' una e all'altra, è permessa ai soli ascendenti in vantaggio dei loro discendenti; un parente collaterale non lo potrebbe fare rispetto ai suoi eredi presuntivi. — Egli senza fallo potrebbe distribuire i suoi beni tra i proprl eredi, ma non farebbe allora una divisione di eredità colle forme di una donazione o di un legato, ma un vero legato, una vera donazione. Dunque mentrechè la divisione di cui è discorso sarebbe nulla se non fosse fatta tra tutti gli eredi che vivano nel dì della morte (art. 1078 (1034)) sarebbe valida la disposizione del collaterale, sebbene attribuisse tutti i beni ad alcuni soltanto degli eredi; e mentre la nostra divisione può essere impugnata se uno dei figli non ha i tre quarti della sua porzione ereditaria, o se altri riunisce più del disponibile e la sua porzione di riserva (art. 1079 (1035)) sarebbe inappuntabile la disposizione del collaterale, qualsifosse la ineguaglianza dei vantaggi dei diversi donatarl o legatarl.

1076 (1032 M).—Queste divisioni potranno farsi per atto tra vivi, o per testamento, colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti. Le divisioni fatte tra vivi non potranno contemplare che i beni presenti.*

264. Sebbene la divisione non sia un legato o una donazione, pure vi si avvicina molto; avvegnacchè se vien fatta con atto di ultima volontà, la è al par del te-

* — Il corrispondente articolo 1032 delle leggi civili è così concepito:
« Queste divisioni potranno farsi per atto tra vivi o per testamento, colle stesse formalità, condizioni e regole prescritte per le donazioni tra vivi e pei testamenti. Le divisioni fatte per atti tra vivi non potranno riguardare se non i beni presenti.
Questi atti sono considerati come anticipate successioni.

stamento una disposizione fatta per il tempo in cui il suo autore non sarà più ; e se vien fatta con atto tra vivi, genera di presente, al par della donazione, un gratuito spossessamento. Ciò senza dubbio ha tratto il legislatore a soggettarla in generale a tutte le formalità, condizioni e regole volute per le donazioni o i testamenti. Checchè ne sia, è formale intorno a ciò la volontà della legge.

Così quando si fa per disposizione di ultima volontà , fa mestieri si adoperi una delle tre forme, la olografa, la pubblica, o la mistica (art. 969 (894)) ; inoltre la disposizione è sempre revocabile (art. 895 (815)) nè potrebbe esser fatta da due ascendenti insieme, e con un solo atto (articolo 968 (893)), di che sorge che un padre e una madre non potranno mai fare con atto di ultima volontà la distribuzione comune dei loro beni fra i figli.

La cosa sarebbe imbarazzante, massime per quei beni che compongono la comunione che potrebbe fra loro esistere. Gli è curioso che il legislatore non abbia sottratto alla regola dell'articolo 968 (893) la divisione degli ascendenti ; ma *statuit lex*.

Quando la divisione si fa con atto tra vivi deve essere espressamente accettata (art. 932 (856)) ; è irrevocabile (articolo 894 (814)) e quindi soggetta alle diverse conseguenze del principio: *donner et retenir ne vaut*. Così non solo giusta il nostro articolo non può comprendere altro che i beni presenti (art. 943 (867)), ma non può farsi sotto condizioni che dipendano dalla sola volontà del disponente (art. 944 (868)), nè sotto l'obbligo di pagare altri debiti che quelli che esistessero di presente (art. 948 (869)), nè sotto la riserva che farebbe l'ascendente di disporre appresso delle cose comprese nella divisione (art. 946 (870)).

265. Riconoscono tutti che quando la divisione sia per testamento, i discendenti son tenuti , anche *ultra vires bonorum* (tranne che accettassero l'eredità col beneficio) al pagamento dei debiti del disponente : la è questa una conseguenza del venire i condivisi non già in forza di un testamento, e come legatari, ma per legittima successione , e come eredi : non essendosi dal testamento conferita il dritto , ma regolato il dritto conferito dalla legge.

La quistione è più difficile quando la divisione vien fatta con atto tra vivi. Toullier (n. 817, 818) insegna esservi l'obbligo di pagare i debiti (quelli presenti , perchè secondo lo art. 945 (869) non può trattarsi di debiti futuri) quando dall'atto sorga che il disponente abbia voluto imporlo. Duranton (n. 630) dice che vi sarà l'obbligo se la disposizione è fatta a titolo universale, e non vi sarà se il disponente non altro ha fatto che attribuire determinati oggetti. Noi non potremmo abbracciare tali idee. In qualunque modo abbia proceduto lo ascendente, vi è sempre in fondo una disposizione universale dacchè si fa una divisione di un patrimonio, di una universalità fra diverse persone chiamate quali comproprietarie di essa, le quali altronde vengono per una specie di anticipata successione. Ora un patrimonio costa della entrata dedotta l'uscita (vedi l' art. 1085 (1041), n. III). Noi dunque opiniamo con Grenier (n. 395) , Delvincourt e Vazeille (n. 3) che l'obbligo di pagare i debiti presenti sia di pieno dritto.

266. Del resto, questa specie di quasi successione non può riguardarsi mancando una finzione positiva nella legge, come una vera successione, dacchè *nulla est viventis haereditas*; e i figli non possono continuare la persona di colui che trasmette, dacchè questi esiste ancora, e di conseguenza i debiti presenti non sarebbero dovuti da loro *ultra vires* , ma soltanto fino alla concorrenza del valore dei beni.

Per quanto spetta ai debiti futuri, i figli non sarebbero tenuti a pagarli, se non quando alla morte del disponente accettassero la eredità di lui, onde raccogliere i beni che avrebbero potuto sopravvenirgli dopo. E in tal caso, accettando puramente, sarebbero tenuti *ultra vires* al pagamento, tanto dei debiti futuri, che di quelli

che avrebbero dovuto prima pagare fino al valsente delle entrate; dacchè conti- nuando allora la persona del defunto, sarebbero tenuti a tutto ciò che egli doveva.

1077 (1033). — Se nella divisione non sono stati compresi tutti i beni lasciati dall'ascendente al tempo della lui morte, i non compresi saranno divisi in conformità della legge.

267. La è questa un' applicazione del principio dell' art. 887 (807).

1078 (1034). — Sarà interamente nulla la divisione la quale non è stata fatta fra tutti i figli che esisteranno al tempo della morte, e fra i discendenti dei figli predefunti. Tanto i figli o i discendenti che non vi ebbero parte, quanto quelli trai quali venne fatta la divisione, potranno provocarne una nuova nelle forme legali. *

268. Una divisione è necessariamente nulla, quando non sia fatta tra tutti gli aventi dritto; i quali qui sono tutti i discendenti chiamati alla eredità del disponente alla sua morte; se quindi alcuno di essi sia trascurato (perchè non fosse nato al tempo che si formava l'atto), la divisione è nulla per l'intero. Ciò vien dichiarato dalla prima parte del nostro articolo. — Essendo la divisione affetta così di nullità, non sarebbe conveniente si costringessero i figli che vi sono stati compresi a rimaner sempre esposti all'azione dei loro coeredi, fino a che fosse loro piaciuto di agire.

Quindi la seconda parte dello articolo vien dichiarando che la divisione è assolutamente nulla per tutti; e che i figli chiamativi possono non meno degli altri provocarne una seconda.

D'altronde la divisione è nulla perchè uno o più figli si sieno trascurati, quando cotesti figli accettino la eredità; avvegnacchè se rinunziino non hanno mai avuto dritto alla eredità (art. 785 (702)), e quindi la divisione che è stata fatta tra tutti gli aventi dritto resta inappuntabile.

269. Se invece di sopravvenire un figlio dopo formato l'atto, premorisse all'incontro uno dei figli condivisi; che cosa avverrebbe? È mestieri distinguere se il figlio lasci, o pur no discendenti, e se la divisione sia fatta per donazione o per testamento.

Se la divisione si è fatta per testamento, i beni allora sono trasmessi non per legato ma per successione, se non che tal divisione è stata anticipatamente stabilita fuori le regole ordinarie. Dunque se il predefunto lasci figli, questi rappresentandolo, prenderanno nella eredità del disponente, la porzione stata assegnata al padre loro; se non ne lasci, quelli che sarebbero stati suoi coeredi, son chiamati ciascuno per la loro porzione ai beni che egli dovea prendere; e siccome tali beni non eran tra di loro divisi, bisogna si faccia una divisione suppletoria giusta l'articolo 887 (807).

270. Quando la divisione si è fatta per atto tra vivi, il figlio oggi premorto è stato immediatamente proprietario irrevocabile dei beni attribuitigli; ed è valida l'alienazione che ne avrebbe fatto fra vivi, o per testamento; se non li ha alienato, sono nella sua eredità *ab intestato*. — Se lasciando tali beni nella sua eredità il figlio non ha discendenti, i beni donati si riprenderanno con tal titolo dallo ascendente che ha fatto la divisione (art. 747 (670)); e gli altri condivisi li riprenderanno nell'eredità di costui, facendo per essi una novella divisione (art. 887 (807)). Se egli lasci

* — È valida una divisione *inter filios* fatta dal padre di famiglia, nella quale non sia stata contemplata una figliuola antecedentemente e congruamente dotata, e che dopo la morte del padre abbia rinunziato alla paterna eredità. Corte Suprema di Napoli. 25 febbraro 1845.

— È nulla la divisione fatta dal padre trai figli, quando ha omesso uno di essi, supponendolo erroneamente incapace, e mentre riconosce il diritto di una figlia alla legittima, non le assegni per questa alcuna parte di beni. Corte Suprema di Napoli, 28 feb. 1852.

discendenti, cotesti beni apparterranno ad essi se accettano la eredità; rinunziandovi, ritorneranno, come si è detto, all'ascendente donante.

Ma o i figli accettino la eredità del padre, o vi rinunziino, non potranno domandar mai nella eredità del disponente alcuna cosa dei beni divisi, non potendo venire alla eredità per rappresentazione; ora il figlio che vien rappresentando il padre, è obbligato a conferire il dono fatto a costui, quando pure rinunzia la eredità di lui (art. 844 (763)): essi quindi riceverebbero da una mano per restituire dall'altra.

Altra conseguenza dell'essere il condiviso di presente investito colla divisione fra vivi, come sarebbe per una donazione ordinaria, si è, che una rinunzia alla eredità del disponente, non farebbe che il condiviso non conservasse i beni ricevuti

1079 (1035). — La divisione fatta dall' ascendente potrà impugnarsi per titolo di lesione oltre il quarto: potrà egualmente essere impugnata nel caso in cui risultasse dalla divisione e dalle disposizioni fatte per anteparte, che uno dei condividenti abbia un vantaggio maggiore di quello che la legge permette. *

271. La legge nel dichiarare la divisione degli ascendenti rescindibile per lesione di oltre un quarto, applica il principio generale dell' articolo 887 (807). Così non bisogna qui badare al valore della riserva, non trattandosi di una liberalità, e della distinzione de' beni riservati e disponibili; trattandosi d' una divisione, è necessario indagar solo se il figlio abbia o pur no ottenuto per lo meno i tre quarti della sua intera porzione (art. 887 (807). Non avendo i tre quarti potrà dolersi quando pure avesse più della sua riserva; se egli ha i tre quarti, non potrà domandarli quando pure avesse meno della sua riserva.

Supponiamo che un patrimonio di 60 mila fr. debba dividersi tra due figli, e il padre, anzichè dare esattamente o presso a poco a ciascheduno 30,000 fr. assegni all'uno 38.000 e all'altro soltanto 22,000. Quest'ultimo ha più della sua riserva (che nella specie sarebbe 20,000 fr.); ma siccome non ha i tre quarti della sua metà nei beni divisi (essendo la metà 30,000, i tre quarti sarebbero 22,500), egli potrà far rescindere la divisione.

Supponiamo ora un patrimonio di 80 mila fr., tre figli e una donazione di 20 mila fr. fatta ad un estraneo, o per precapienza ad uno dei figli, per cui i beni a dividersi sarebbero ridotti a 60.000 fr.: il padre lascia ad uno 25,000, al secondo 20,000, e al terzo soltanto 15.000 fr.

Questi non ha la sua riserva (che nella specie sarebbe un quarto di tutto il patrimonio, ossia 20,000 fr.); ma siccome ha i tre quarti della porzione che spettavagli nei 60.000, non avrebbe dritto di far rescindere la divisione.

272. Il fin qui detto suppone che l' ascendente possa distribuire soltanto a' suoi figli la loro riserva, dando poi tutto il suo disponibile, o ad uno dei figli (per precapienza) o a qualunque altro; e che nella divisione che ha per solo oggetto la riserva, il figlio non possa dolersi, avendo avuto i tre quarti della sua porzione nei beni divisi. Difatti le conseguenze allora sarebbero le medesime, che se il padre dopo dato il suo disponibile fosse morto senza dividere il rimanente; la divisione della riserva secondo le disposizioni ordinarie del titolo *delle Successioni* non avrebbe potuto nemmanco essere impugnata; non essendovi alcuno dei condividenti leso di oltre un quarto (art. 887 (807).

Pur nondimeno, perchè in tal caso non

* — Quando il padre di famiglia ha prescritto il metodo di divisione tra i suoi figli, indicando gli stabili che ognuno di essi dovrà prendere nella divisione, non può dal magistrato disporsi una divisione ordinaria, senza evitare che il metodo ordinato dal padre di famiglia offende i diritti che la legge garentisce nei figli. Corte Supr. di Napoli, 9 sett. 1847.

possa impugnarsi la divisione, è mestieri che il disponibile non sia dato ad un figlio la parte del quale sarebbe molto più grande perchè il tutto insieme eccedesse i valori riuniti del disponibile, ed una porzione esatta di riserva. Ad esempio, se nella seconda riferita ipotesi la porzione di 25,000 fr. fosse assegnata nella divisione al figlio che ne riceve per precapienza 20,000, sarebbe da rescindersi tal divisione, giusta la seconda disposizione del nostro articolo, avvegnacchè il figlio avesse così 45,000 fr. mentre riunito il disponibile, e il terzo esatto della riserva ascendono a 40,000 fr. Il legislatore in tal caso presume che l'ascendente abbia voluto far la divisione permessa dal nostro capitolo in frode della legge, e perchè un figlio possa riunire più della riserva e del disponibile.—D'altronde dai termini stessi del nostro articolo ben si scorge che in tal caso potrebbe solo annullarsi la divisione; la disposizione con titolo di precapienza sortirebbe il suo effetto, salvo un' altra divisione secondo le regole ordinarie.

273. Essendo una divisione quella disposizione di cui in questo luogo tratta la legge, si dovranno quindi applicare ad essa le regole ordinarie della divisione non derogate dal nostro articolo. È forza pertanto decidere giusta l'articolo 891 (811) che le due cause di rescissione indicate dal nostro articolo verrebbero meno, se nel primo caso si offrisse il supplimento a chi non ha i tre quarti della sua porzione, e se nel secondo quegli che è molto vantaggiato si offrisse a restituire quel che abbia ricevuto oltre a ciò che la legge permetteva. In fatti non vi sarebbe più alcuno interesse a domandare la rescissione.

274. Vedremo sotto l'art. 1304 (1258) che l'azione accordata dal nostro articolo, anche se vi sia donazione tra vivi, si apre per la morte dell'ascendente, e quindi da quel giorno incomincia a correre il termine dei dieci anni per cui si prescrive.

1080 (1036).—Il figlio che per alcuna delle cause espresse nell' antecedente articolo, impugni la divisione fatta dall'ascendente, dovrà anticipare le spese della stima; e vi sarà definitivamente condannato non che in quella della lite, se il reclamo non è fondato.

275. La legge presumendo, finchè il contrario non si provi, che la divisione dell'ascendente siesi fatta come dovea essere, nè volendo che il figlio sia troppo corrivo a chiedere la rescissione, dichiara, che non solo l'attore sarà obbligato anticipare le spese della stima che si dovrà fare dei beni, ma se è perdente pagherà non solo quelle non che le altre spese della lite, sebbene di ordinario i giudici abbiano facoltà di compensare queste ultime, quando il piato è tra fratelli.

Cotesta eccezione all'art. 131 (221) del Codice di procedura non farebbeche non si applicasse la sua disposizione al caso inverso. Così, quando avrà vinto l'attore nella rescissione, i giudici potranno nondimeno fargli sostenere una parte di spese.

CAPITOLO OTTAVO

DELLE DONAZIONI FATTE PER CONTRATTO DI MATRIMONIO AGLI SPOSI ED AI FIGLI CHE NASCERANNO DAL MATRIMONIO.

276. Abbiamo veduto sotto l' art. 896 (941), num. II, che nonostante il contrario avviso di Merlin e Toullier non v' ha sotto l' impero del Codice donazioni per causa di morte, che le liberalità eccezionali di cui trattano il presente e il seguente capitolo, sono sempre donazioni fra vivi, soggette alle ordinarie regole per tutti i casi, tranne quelli formalmente eccettuati.

Le donazioni trattate nel nostro VIII capitolo sono di quattro specie: 1. donazioni ordinarie di beni presenti (articolo 1081 (1037)) — 2. donazioni di beni futuri (articoli 1082, 1083 (1038, 1039)); — 3. donazioni cumulative di beni presenti e futuri (art. 1084, 1085 (1040, 1041)), — infine donazioni fatte senza spossessamento irrevocabile del donante, come eccezione alla regola *donare e ritenere non vale*, stanziata dagli articoli 944-946 (868-870) (articolo 1086 (T)).

Le quattro specie han regole proprie, oltre a quelle comuni a tutti.

Così: 1. elle non son nulle per mancanza di espressa accettazione (art. 1087 (1042)); — 2. son sempre fatte sotto la tacita condizione che si farà il matrimonio (art. 1088 (1043)); — 3. si presumono di pieno dritto fatte (tranne quelle della prima specie) ai figli nascituri dal matrimonio (art. 1082, 1086. 1089 (1038, T, 1044)); — 4. sono caduche (tranne pure quelle della prima specie) se il donante sopravviva al conjuge donatario e ai suoi figli venuti dal matrimonio (articolo 1089 (1044)); — 5. sono da ridursi, come le altre tutte, alla porzione disponibile (articolo 1090 (1045)); — 6. parimenti come le altre, son rivocate di pieno dritto per la sopravvenienza di figli (art. 960 (885)); — 7. ma non sono rivocabili per cagion d' ingratitudine.

1081 (1037). — Ogni donazione tra vivi dei beni presenti, quantunque fatta per contratto di matrimonio agli sposi o ad uno di essi sarà sottoposta alle regole generali prescritte per le donazioni fatte a questo titolo.

Essa non potrà aver luogo a vantaggio dei figli da nascere, se non ne' casi espressi nel capitolo VI di questo titolo. *

277. Le regole generali che governano le donazioni fatte per contratto di matrimonio le quali hanno per obbietto beni presenti, sono: la riduzione alla porzione disponibile; la revoca per sopravvenienza di figli, la trascrizione, se trattisi di immobili (art. 939 (863)); lo stato estimativo pei mobili (art. 948 (872)); il non poter farsi a chi non sia ancora concepito (articolo 906 (822)): lo spossessamento presente e irrevocabile del donante. Gli è vero che qui il donante può non ispogliarsi irrevocabilmente (art. 1086 (T)); ma in tal caso non più sarebbe una donazione di beni presenti propriamente detta, di cui parla il nostro articolo, e che appartiene alla prima delle quattro surriferite classi; ma una donazione della quarta classe, prevista dall' art. 1086 (T) e differente dall' altra: 1.° perchè stimasi fatta non che al conjuge, ma ai suoi figli da nascere dal matrimonio; 2.° perchè è caduca (quando occorre) per la sopravvivenza del donante allo sposo e ai figli.

Abbiamo detto che la donazione fatta del modo preveduto nell' art. 1086 (T) si fa di pieno dritto ai figli nascituri non che allo stesso sposo; ma all'incontro, la donazione regolare di beni presenti preveduta dal nostro articolo non potrebbe comprendere i figli, anche se formalmente li chiami, (eccettuone il caso della sostituzione); il che vien positivamente dichiarato dal nostro secondo paragrafo.

Così la donazione per contratto di matrimonio e quella ordinaria differiscono tra loro in ciò: 1. che la prima non deve essere espressamente accettata (artic. 1087 (1042); 2. che è sempre condizionale (articolo 1088 (1043)); e 3. che non è revocabile per ragion di ingratitudine (art. 959 (884)). — Del resto, è ben chiaro che dall' anno 1826 al 1849 non solo nei casi indicati nel capitolo VI (val quanto dire se il donante sia padre o fratello dello sposo donatario) potevano chiamarsi i figli colla

* — Nelle donazioni a contemplazione di matrimonio i figli succedono come eredi del padre, salvo il caso di una opposta dichiarazione. Corte Suprema di Napoli, 25 sett. 1839.

sostituzione fedecommessaria, ma in tutti i casi possibili, avvegnacchè le disposizioni con l'obbligo di restituire ai figli potessero farsi allora in vantaggio di qualunque persona.

1082 (1038).—I padri e le madri, gli altri ascendenti, i parenti collaterali degli sposi ed anche gli estranei, potranno per contratto di matrimonio disporre di tutti o di parte dei beni che lasceranno in tempo della loro morte, tanto a favore dei detti sposi, che dei figli da nascere dal loro matrimonio, nel caso che il donante sopravvivesse allo sposo donatario.

Tal donazione, quantunque fatta a vantaggio soltanto degli sposi o di uno di essi si presumerà sempre, nel suddetto caso di sopravvivenza del donante, fatta a favore dei figli e discendenti che nasceranno da quel matrimonio.*

SOMMARIO

I. Donazione dei beni futuri. Da chi può esser fatta: errore di Grenier. — Non può farsi che nel contratto di matrimonio: errore di Toullier e di Vazeille.— Può farsi a titolo particolare: Confutazione di Duranton.

II. La donazione può farsi ad uno dei conjugi, o ad entrambi, e per la premorienza di questi, può estendersi ai discendenti che verranno dal matrimonio.—Lo estendersi ai discendenti si presume di pieno dritto, quando tace il testatore, ma vien meno quando vi sia una formale esclusione. Confutazione di Coin-Delisle.

III. I figli e discendenti non vengono nè per sostituzione fedecommissaria, nè per la volgare: censura di Demante e di Duranton. —Devonsi applicare ai nipoti le regole della rappresentanziane.

IV. Sebbene il donante possa escludere i figli, pure non può chiamarli in parti ineguali, nè solamente uno o parecchi; potendola solo (innanzi il 1849) colla sostituzione, che è qui permessa, come nelle donazioni di beni presenti. L'antica clausola di associazione non può più ammettersi.

V. Il donataria non è tenuta ai debiti ultra vires. Quid, *del rilascio?*

I.—278. La disposizione di cui è discorso, è quella che, secondo l' uso, noi abbiamo spesso nominato ***istituzione contrattuale***. Tal nome un tempo le conveniva pienamente, essendo infatti una ***istituzione*** di erede fatta per ***contratto***; ma non è rigorosamente esatta oggi, che non vi sono altri eredi che i successori chiamati dalla stessa legge, e che la volontà dell' uomo può far solo donatari o legatari (art. 893 (813)). Oggi, come vien provato dall'art. 893 (813) e dalla rubrica del nostro capitolo, e dagli art. 1082, 1083 e 1089 (1038, 1039 e 1044), dessa non è altro, che una donazione fra vivi, ***una donazione di beni futuri***, e fa uopo supplire alle regole speziali di questa maniera di disporre, con quelle generali delle donazioni, non che con le altre delle successioni o dei testamenti.

La donazione dei beni futuri può farsi da qualunque, sia o pur no parente del donatario; ciò viene espresso positivamente dal nostro articolo. Ma qui non parliamo dei doni fatti da uno dei coniugi all'altro, di cui la legge si occuperà nell'art. 1093 (1048) del seguente capitolo. Del resto, quando la legge dichiara, che siffatta donazione è permessa a qualsivoglia persona, la suppone capace di fare una dona-

*—Non può definirsi istituzione contrattuale la donazione di somma certa sopra beni presenti, fatta allo sposo nel contratto di matrimonio, con riserva dell'usufrutto a pro del donante, e col divieto al donatario di alienare la proprietà durante la vita del donante medesimo. Corte Suprema di Napoli, 8 marzo 1851.

— Una donazione per contratto di matrimonio in forma di istituzione contrattuale, è valida ancorchè stipulata prima delle nuove leggi. Corte Suprema di Napoli, 11 gennaro 1855.

zione. Così essa, come qualunque altra, non può farsi da un minore (art. 903 e 904 (819 e 820)), e nemmanco dalla donna maritata senza autorizzazione (articolo 905 (821)). La contraria dottrina di Grenier (n. 431 alla fine) è un errore manifesto che non poteva non rigettarsi, come è stato, da tutti gli scrittori.

279. Essendo evidente che tale donazione non può farsi che per contratto di matrimonio; non si sa comprendere la contraria sentenza di Toullier, non discussa da Duvergier, ma riprovata del pari da tutti gli scrittori. In vero, se per essa si attribuiscono dritti sopra una successione futura, si fa una convenzione sopra una successione non aperta; se simigliante convenzione in principio è proibita (art. 1030 (985) ed il nostro articolo nel permetterla per un caso particolare, stabilisce per conseguenza un'eccezione al dritto comune; se come tale non può mai estendersi oltre i suoi termini, forza è attenersi al nostro testo, il quale non permette la disposizione dei beni che si lasceranno dopo morte che *per contratto di matrimonio*. Noi ritorneremo più d'una volta sulla idea che dessa sia una disposizione eccezionale, all'infuori della quale si rientra nella proibizione dell'art. 1130 (1084).

280. Il nostro articolo permette la donazione di tutti *o parte* dei beni che il donante morendo lascerà. Duranton insegna (n. 676) che la legge parla solo di una *parte aliquota*, e non di cose donate a titolo particolare; onde io potrei donare come beni futuri la metà, il terzo, il quarto del mio patrimonio, e non già tal casa, o una somma di denaro. Ma su di che appoggia egli cosiffatta decisione? Duranton nol dice; pure ciò sarebbe stato utile. Forse sul senso della parola *parte?* Ma la liberalità d'una parte dei beni s'intende, nella legge, indistintamente di una disposizione a titolo universale ovvero a titolo particolare (art. 895, 1048, 1049, ecc. (815, 1003, 1004, ecc.)). Certamente non sarà più l'antica istituzione contrattuale; ma l'antica donazione a causa di morte, una donazione di beni futuri. Or dov'è il testo che restringa tal donazione alla disposizione a titolo universale?..... Duranton vuole che qualunque donazione di cose particolari sia sempre considerata siccome donazione di beni presenti; così quando io ho donato tal cosa determinata affinchè il donatario se l'abbia *alla mia morte*, egli dice che dessa sia una donazione ordinaria, la quale produrrà la privazione presente ed irrevocabile, contenendo solo una riserva di usufrutto pel disponente. Ma veramente in tal modo non si tratta, ma si schiva la quistione... Suppongasi che io abbia detto positivamente: « Io vi dono 20,000 fr. *da prenderli sulla mia successione* » ovvero « Vi dono la mia casa, ma come cosa futura, e solo in quanto si troverà più tardi nella mia successione, ed io non ne avrò disposto a titolo oneroso (art. 1083 (1039)) »; converrà in tal caso confessare che non sarebbe più una donazione di beni presenti, ed in vece rispondere nettamente alla quistione se sia nulla o valida. Duranton dirà di certo essere nulla; ma a noi, come a Coin-Delisle (n. 14-18), sembra evidente che sia valida. Non v'ha dubbio, nei casi ordinari sarà senza effetto giusta lo art. 947 (871) il quale sancisce la nullità di qualunque donazione di beni futuri; ma sarà fatta validamente a uno sposo nel suo contratto di matrimonio giusta il nostro art. 1083 (1038) e l'art. 947 (871) che dichiara *non applicabile* l'art. 943 (867) alle donazioni, di cui parla il nostro capitolo (1).

II. — **281.** Vediamo ora a vantaggio di quali persone possa farsi la donazione di beni futuri.

Essa può farsi in pro 1° o di uno degli sposi, ovvero 2° di ambidue, o 3° di uno o di entrambi, o della prole nascitura dal matrimonio.

E dapprima, può farsi per un solo degli sposi; poichè se il paragrafo 1° del nostro articolo non parla che *degli sposi*,

(1) Rig., 1 marzo 1821; Rouen, 5 marzo 1834, Rig., 13 luglio 1835 (Dev., 36, 1, 151).

il secondo dice immediatamente degli sposi *o uno di essi*. Lo si può per tutti i figli, nipoti e pronipoti nascituri dal matrimonio; poichè se il paragrafo 1° in sul principio dice figlio, il secondo subito aggiunge: i figli *e discendenti*.— Ma nol si può per i discendenti solamente, dovendosi riguardare gli sposi ed i discendenti; prima gli sposi (o uno di essi), e poi la sua discendenza; perocchè la legge non permetta la disposizione in vantaggio de' figli che « nel caso in cui il donante sopravviva *allo sposo donatario* ». Così è uopo chiamare, prima o uno degli sposi, o tutti e due in prima linea; ed è lecito chiamare i loro discendenti solo nella seconda linea e nel caso in cui i primi donatari premoriano: in breve, la donazione non può farsi principalmente ai figli, ma solo estendersi ad essi allorchè i donatari principali premorissero.

282. Se non chè il chiamare i discendenti è permesso, ma non già obbligatorio, potendo chiamarsi il padre e la madre o uno di essi, e respingere quelli. Gli è vero che i discendenti sono riguardati con tanto favore che se il donante non ne parli, la donazione si presume di pieno dritto fatta a loro vantaggio; ma questa è una presunzione, e come tale vien meno mercè una dichiarazione di volontà differente. Tutti gli scrittori erano in ciò concordi, allorchè si è fatto innanzi Coin-Delisle a sostenere una dottrina contraria (n. 29 a 35).

Egli allega in sulle prime l'antico dritto. Ma noi abbiamo osservato, e lo stesso Coin-Delisle altrove (n. 52) lo ammetteva, che nulla può ravarsi dall'antico dritto intorno a questa materia. Aggiungo che essendo questa una presunzione legale, non può ammettersi alcuna prova contro di essa. Se non che la legge non nega la prova contraria che per le presunzioni sul fondamento delle quali essa pronunzia la nullità (art. 1352 (1306)), e qui non trattasi di nullità. — Argomentando poi dall'essersi tolte nel progetto le seguenti parole con cui finiva il nostro articolo, *se il contrario non sia stato espresso*, e dall'essersi aggiunta poco dopo la parola *solamente*, ne conchiude che la facoltà di non chiamare i figli, la quale doveva, giusta il progetto, concedersi, è stata tolta via, e che i figli dovranno sempre goderne nonostante la espressa e non equivoca dichiarazione del donante di voler donare *agli sposi solamente*. Se non che se al tôrsi via quelle parole, e molto più all'aggiungersi l'altra *solamente* si fosse dato tal senso rigoroso; se si fosse voluto dire che i discendenti sarebbero sempre chiamati nonostante la formale espressione di una volontà contraria, non si sarebbe detto certamente che la donazione si *presumerebbe* fatta in loro vantaggio, ma piuttosto sarebbe (o reputerebbesi) fatta in loro vantaggio. Certo non si presume se non quello che non è espresso, per modo che se il disponente dichiari positivamente *no*, la legge può nondimeno dire che sarà *sì*, ma non già che tal *sì* fosse *presunto*. Dunque dall' essersi conservata la parola *presunto* emerge chiaro che le parole *se il contrario* . . . . furono tolte come inutili, e che la parola *solamente* aggiunta non già pel caso in cui il disponente avesse positivamente dichiarato *donare solo* al padre ed alla madre escludendone così i figli, ma per il caso in cui avesse *dichiarato solo* donare al padre ed alla madre, senza parlare dei figli: in altri termini la donazione potrà essere, ed in effetto si *presumerà* fatta in vantaggio dei figli allorchè in quella non si farà punto cenno di essi.

Coin-Delisle appoggia ancora la sua opinione sull'indole del nostro articolo del tutto eccezionale, con dire che essendo per ciò proibito tutto quello che non permettesi, è forza restare ne' termini del primo paragrafo, il quale, a suo dire, autorizza la liberalità quando si faccia *tanto agli sposi che ai figli*. L' argomento non è felice; poichè il 1° paragrafo usa evidentemente parole niente imperative, che bisogna chiarire col secondo; cotal che se attendendosi a quello sembra che la donazione non possa farsi che ai due sposi ad un tempo, e che si estenda a' figli del primo grado, il rimanente dell'articolo ci sog-

giunge che la si può fare agli sposi o *ad uno* di essi, e a' figli *o agli altri discendenti*. Medesimamente lo stesso secondo paragrafo ci fa comprendere che la donazione, la quale può esser fatta agli sposi ed a' figli, può anche farsi ai primi soltanto. Finalmente il nostro collega cita l' art. 1089 (1044), il quale dice che la donazione non sia caduca che allorquando il donante sopravviva al donatario *ed alla sua posterità*. Ma quest' articolo oltrecchè non sia la sede della materia, nè ci dica a quali persone possa farsi la donazione, debbe necessariamente chiarirsi col nostro, e non può intendersi in un senso assoluto e indipendente dalle disposizioni, cui si riferisce. Così, quantunque vi si parli in generale e senza restrizione della posterità, è certo, e lo stesso Coin-Delisle lo riconosce con noi (e con tutti gli scrittori), che può solo riguardare la prole nata dal matrimonio, in considerazione del quale la donazione è fatta. Similmente non può parlarsi che della prole, chiamata mercè la dichiarazione o almeno col silenzio del donante, ma non di quella che si fosse formalmente esclusa.

Dunque nissun argomento addotto da Coin-Delisle è concludente cotal che rimane ferma l' idea che la donazione fatta solo agli sposi o ad uno di essi si estenda a'discendenti per la presunta volontà del donante, il che può unicamente avvenire nel caso di silenzio del donante, ma non quando la esclusione fosse formale. Inoltre toglie ogni dubbio il rammentare che il nostro articolo presentavasi ai legislatori dal Governo, ed era da quelli decretato nel senso da noi riconosciuto. Udite in fatti quel che si disse nella esposizione de' motivi al Corpo legislativo: « I donanti *potranno* prevedere il caso in cui lo sposo donatario muoja prima di essi, ed in questa ipotesi *estendere* la loro disposizione in vantaggio dei figli nascituri dal matrimonio. Allorchè i donatarî non l'abbiano preveduto, sarà presunto di dritto essere loro intenzione di disporre, non pure in vantaggio dello sposo, ma ben anche in favore dei figli e discendenti che nasceranno dal matrimonio ». Fenet, XII, p. 569)... Così i donanti prevedendo il loro sopravvivere, *possono* estendere la donazione ai discendenti, ma non vi sono obbligati; estendesi poi di pieno dritto allorchè ***non hanno preveduto il caso della loro sopravvivenza***.

283. Del resto, i discendenti che nasceranno dal matrimonio in favore di cui si faccia la donazione, sono evidentemente i soli, cui possa farsi o presumersi fatta tal donazione. Quindi non potrebbero esservi chiamati, neppure con una clausola formale, i figli dello sposo già nati o che nasceranno da un altro matrimonio, poichè per essi rientrerebbesi nella regola che dichiara nulla qualunque donazione di beni futuri (art. 943 (867)). I soli eccettuati dal nostro art. 1080 (1039) sono i figli che nasceranno *dal matrimonio*; e Grenier che avea prima manifestato una opinione contraria, ha bentosto riconosciuto che non potea sostenersi.

III. — 284. I figli e discendenti del matrimonio chiamati alla donazione sia per una clausola formale ovvero per il semplice silenzio del disponente, non sono sostituiti fedecommissarî, e neppure propriamente sostituiti volgari. Non sono fedecommissarî, poichè se lo sposo donatario sopravviva al donante e raccolga la disposizione, non ha nissun obbligo di conservare i beni per restituirli più tardi ai suoi figli, essendo interamente libero di disporne a suo piacimento. Non sono neppure sostituiti volgari, non ostante la dottrina di Demante (II, n. 493 in fine), poichè essi non sono chiamati a raccogliere in tutti i casi in cui lo sposo mancherebbe, ma solo nel caso che morisse prima del donante. Così, se egli sopravviva al donante e ripudî la donazione, i figli non potranno conseguirla invece di lui, come lo potrebbe un sostituito volgare (art. 898 (936)). Nol potrebbero, poichè la legge ne permette la chiamata quando sopravviva il donante, e qui all' opposito il donatario sopravvive a quello. La decisione contraria

di Duranton (n. 702) è un errore fondato evidentemente sopra un circolo vizioso.

Dice il dotto professore, che i figli conseguiscono il donato se lo sposo rinuncii, essendo sostituiti volgarmente; ma per dire che essi sieno sostituiti in tal modo, è uopo prima supporre che ne abbiano il dritto nella ipotesi del ripudio, ed in tutte le altre in cui lo sposo donatario non conseguisse. Dunque Duranton ammette come principio ciò che propriamente costituisce la quistione.....Ecco in due parole la vera dottrina: Per principio la donazione di beni futuri è proibita (art. 943 (867)); dunque il nostro articolo, permettendola, costituisce un' eccezione, la quale come ogni altra deve interpretarsi ristrettivamente e e non estendersi oltre i suoi termini. Or questo articolo non la permette per i figli dello sposo donatario, che nel caso in cui questi muoja prima del donante; essa dunque rimane proibita, se quegli sopravviva, e quindi non è una sostituzione volgare. —Duranton insegna che il dritto de' figli incominci non solo per la rinuncia dello sposo donatario, ma anche per la sua *indegnità:* idea meno infelice dell'altra. In vero, qui non trattasi di successione, ma di donazione, per la quale non havvi altra indegnità che la ingratitudine. Ma dichiarando appunto l'articolo 959 (884)) che la ingratitudine non sia causa di revoca per le donazioni, fatte in favore del matrimonio, ne consegue che non può esservi nel nostro argomento indegnità di sorta.

285. Quantunque il testo non l'accenni, non può affatto dubitarsi, che il Codice chiama dopo i figli gli altri discendenti, il fa nel solo caso di premorienza dei primi e nel trasmettere i beni a tutta la discendenza, non altrimenti che in una successione, vuole che si applichino regole analoghe a quelle delle successioni.

Così, se il donatario al donante lasciando a un tempo figli e nipoti, coloro fra quest' ultimi che avessero ancora il padre non potrebbero succedere, neppure se questi rinunziasse (art. 744 (666)); coloro, di cui il padre fosse premorto, lo rappresenterebbero per concorrere con gli altri figli, loro zii; e se essendo premorti tutti i figli esistessero solo nipoti, succederebbero per istirpi e non già per capi.

IV. — 286. È stato dimandato se il donante possa riservarsi, nel caso premorisse il donatario, di distribuire egli stesso i beni inegualmente, ed a sua volontà a'discendenti di quest'ultimo, ovvero donarli in totalità a chi fra essi gli piacerà a suo tempo designare

Gli è certo che lo possa; avvegnacchè sarebbe lo stesso che dire volere riprendere nel caso di premorienza i beni per usarne a sua posta: or noi abbiamo provato contro la opinione di Coin-Delisle che il donante può stipulare la caducità della donazione allorchè premorisse il donatario. In tal caso non vi sarebbe di serio che la sola stipulazione della caducità, e la quasi-promessa di una donazione futura non sarebbe evidentemente affatto obbligatoria. Ma potrà sin d' allora attribuire inegualmente i beni ai figli, o donarli tutti a un solo, per esempio, al primo figlio maschio che nascerà? Gli è certo che no, checchè ne dicano Dalloz (cap. 1, sez. 3) e Vazeille (n. 5). In vero, il nostro articolo, di là del quale si ricade sempre nel divieto dell'art. 943 (867), non permette la donazione de' beni futuri che *a' figli e discendenti* unitamente e perciò con dritti uguali; di guisa che non sia lecito attribuir loro parti ineguali, nè chiamare uno o più escludendo gli altri. Sotto l'impero della legge del 1826 il donante poteva disporre in tal modo; ma più che per una semplice donazione di beni futuri, il faceva con una sostituzione, obbligando lo sposo donatario a conservare i beni per restituirli ugualmente o inegualmente ad uno o più de' figli di lui.

287. Quel che si è detto suppone che si possa dopo il Codice, come lo si poteva un tempo, fare una sostituzione nella donazione dei beni futuri. Ed in vero, gli art. 1048 e 1049 (1003 e 1004) non fanno alcuna distinzione fra quelle di beni futuri, e quelle di beni presenti, ond' è che permettono la sostituzione in ambedue. Ma potrebbesi forse, siccome permettevalo an-

che l'antico dritto, fare una donazione di beni futuri non già con l'obbligo nel donatario di conservare per restituire a' suoi figli, ma per dividere con altra persona il beneficio della disposizione?... A noi sembra evidente la negativa, non ostante la contraria dottrina di Merlin (*Rep.*, v. *Istit. contrat.*, § 5) e di Vazeille (n. 11).

Cotesti scrittori appoggiano la loro opinione sulla ragione, che tutto quello che non è proibito da un testo di legge, rimane per ciò stesso permesso. Se non che il testo che credesi non esista, rinviensi nell'art. 1130 (1084), (il quale proibisce qualunque patto intorno ad una successione non aperta), e nell'art. 943 (867) (che vieta le donazioni di beni futuri). Il nostro articolo fa un'eccezione a cosiffatte proibizioni; ma essendo tale eccezione relativa agli sposi ed alla loro discendenza, (e per questa nel caso soltanto che i primi premorissero al donante), ne segue dunque, che non vi autorizza a far partecipare altri alla disposizione; cosicchè il caso, di che trattasi, rimane sotto la regola proibitiva (1).

288. Ma se simigliante disposizione si fosse fatta, qual ne sarebbe l'effetto? La parte dei beni che lo sposo donatario dovea rimettere alla persona, la quale non può prenderla secondo che abbiamo detto, ritornerà nella successione del donante, in guisa che la nullità della clausola giovi a' suoi eredi; ovvero resterà allo sposo donatario siccome compresa nella sua donazione? Generalmente seguesi la prima idea, per la ragione che quando una qualunque liberalità sia nulla, i beni che ne formavano l'oggetto, rimangono naturalmente nel patrimonio del disponente (2). Noi non possiamo accostarci a tal sentenza, essendo la nostra opinione, conformemente a Delvincourt e a Dalloz (cap. 11, sez. 2) che i beni restino allo sposo donatario.

Infatti quantunque il peso imposto a Pietro di far partecipe Paolo dei beni che gli si danno, sia una liberalità in vantaggio di Paolo, pure tal clausola non è una disposizione diretta; ma piuttosto una condizione, un accessorio di un' altra disposizione, che è quella di Pietro: il che è evidente, perocchè si è dato *tutto* a Pietro *col peso* di far partecipe Paolo del suo beneficio. Se dunque è così, la quistione rientra nella regola dell'art. 900 (816) secondo il quale tutte le condizioni od obblighi illeciti imposti ad una liberalità, si reputano come non iscritti (Ved. art. 900 (816), n. III). Così quando io ho detto: « dono la mia successione a Pietro coll'obbligo in lui di dividerla con Paolo » si cancelleranno le parole « con l'obbligo... restando la semplice disposizione « dono la mia successione a Pietro ».

V.—289. Il donatario di beni futuri quando anche sia chiamato all'universalità del patrimonio, non deve pagare i debiti che fino alla concorrenza dei beni: ma non mai può esser tenuto *ultra vires*. Cosa evidente, poichè l'*erede* ha l'obbligo di pagare i debiti *ultra vires*, e qui trattasi di disposizione, la quale non è più, come un tempo, una *istituzione di erede*, ma una *donazione*.

290 Il beneficiario della disposizione, essendo non più erede, ma semplice donatario, e nissun testo di legge estendendo ai donatari il favore che l' art. 1006 (932) accorda a' legatari (universali) di essere investiti per la morte del disponente, (allorchè non vi sieno eredi riservatari), ne consegue che il donatario non può avere la investitura, e che perciò dovrà sempre dimandare il rilascio agli eredi del sangue.

1083 (1039).—La donazione nella forma prescritta nel precedente articolo sarà

(1) *Conf.* Delvincourt, Favard (n. 8); R. de Villargues (n. 213); Dalloz (sez. 2, n. 11); Repert., *J. du P.* (cap. 7, sez. 2, § 5).

(2) Grenier (n. 423); Favard (v. *Istit. contratt.*); R. de Villargues (n. 213); Dalloz (sez. 2, n. 11); Rep. del *J. du P.* (cap. 7, sez. 2).

irrevocabile in questo senso soltanto che il donante non potrà più disporre a titolo gratuito delle cose comprese nella donazione, eccetto che per piccole somme a titolo di ricompensa o altrimenti.*

291. Quegli che non promette se non la sua successione, e che dona i suoi beni unicamente se saranno trovati ancora nel suo patrimonio al tempo della sua morte, rimane per necessità libero di alienarli ed obbligarli; soltanto affinchè la donazione non sia derisoria ed inconcludente, e produca immediatamente un effetto qualunque, nè si confonda con un semplice testamento, gli è disdetto di disporre in avvenire a titolo gratuito delle cose comprese in tale donazione, rimanendogli solamente la libera disposizione a titolo oneroso.

Tuttavolta la proibizione di alienare a titolo gratuito non è assoluta, il disponente può fare ancora delle liberalità che consistano in cose di modico valore; non potendosi veramente proibirgli di fare una elemosina, o ricompensare un servigio... Del resto non richiedesi, come volevano i più de' nostri antichi scrittori, che la liberalità servisse a ricompensare *un'opera pia*; perocchè avendo la legge detto: « a titolo di ricompensa o *altrimenti* » gli è certo non potersi più investigare la causa del dono. Purchè sia di modico valore (rispetto alle sostanze del disponente), esso sarà valido.

292. Dal non permettere il Codice le disposizioni gratuite che per *somme* modiche, non si deve inferire che possano solo consistere in denaro, essendo certo che la legge parli di modico *valore*, qualunque siane l'oggetto. Ma appunto perchè la legge parla di *somme* ed anche di *cose* comprese nella donazione, se n'è ragionevolmente conchiuso, che cosiffatte eccezionali liberalità possano farsi solo a titolo particolare, non mai per una quota, per quanto tenue, dell'universalità del patrimonio (Cass. 23 febb. 1818).

293. È un punto controverso se il donante di beni futuri possa nella sua disposizione rendere più severa la proibizione, ond'è dalla legge vincolato, interdicendosi da per sè, mercè una clausola formale, il dritto d'ipotecare o alienare a titolo oneroso i beni di cui il Codice gli nega la disposizione gratuita. Duranton (n. 713) decide che la clausola sarebbe nulla, contenendo un patto sopra una futura successione all'infuori della eccezione ammessa dal nostro articolo. Al contrario, Coin-Delisle opina (n. 3) che si dovrebbe considerare siccome relativa ai beni presenti; di modo che costituirebbe la donazione cumulativa dei beni presenti e futuri permessa dallo articolo seguente.

Quest' ultima idea sta bene, ogni qual volta sarà facile supporre che il donante siasi interdetto il dritto di disporre dei beni presenti. Ma se la clausola versi evidentemente, tanto sopra i beni futuri che sui presenti; se il disponente abbia dichiarato formalmente donare tutti i suoi beni presenti e futuri, rinunziando alla facoltà di alienarne qualche cosa, gli è certo che la clausola non può spiegarsi con alcuno de' nostri articoli, e rientra perciò nel principio di nullità dell'art. 1130 (1084). Solo con tale distinzione si può risolvere la quistione, e quindi Duranton e Coin-Delisle han torto di averla decisa in un modo assoluto.

1084 (1040). — La donazione per contratto di matrimonio potrà farsi cumulativamente di beni presenti e futuri, in tutto o in parte, coll'obbligo però di unire all'atto di donazione uno stato dei debiti e pesi del donante, esistenti al giorno della

* — Messo un rappresentante universale del defunto, tutt'altro non può esserlo che a titolo particolare per tutto ciò di cui si avesse egli riserbata la disposizione, o che questa gli competesse nei limiti dell'art. 1039 delle leggi civili. Corte suprema di Napoli, 3 aprile 1851.

donazione: nel qual caso sarà in facoltà del donatario, in tempo della morte del donante, di ritenersi i beni presenti, rinunciando al di più dei beni del donante.*

1085 (1041). — Se lo stato di cui si è parlato nel precedente articolo, non fu unito all'atto di donazione dei beni presenti e futuri, il donatario sarà tenuto di accettare o di rinunciare intieramente la donazione. In caso di accettazione, non potrà pretendere se non i beni i quali si troveranno esistenti al tempo della morte del donante, e sarà soggetto al pagamento di tutti i debiti e pesi ereditari.

SOMMARIO

I. Donazione cumulativa dei beni presenti e futuri. — È una donazione di beni futuri che il donatario può trasformare alla morte del donante in donazione di beni presenti.

II. Effetti di questa specie di liberalità. — Il donatario non è giammai investito nel giorno della donazione.

III. La disposizione non può trasformarsi in donazione di beni presenti che per mezzo di uno stato dei debiti presenti; non può riguardare come tale i mobili che mercè uno stato del mobiliare. — Osservazioni quanto ai debiti.

IV. I figli del matrimonio nel caso di premorienza dello sposo donatario, conseguono il donato proprio jure, e senza essere eredi dello sposo, anche rispetto ai beni presenti.

I. — 294. La disposizione, di cui è discorso in questi due articoli (un tempo immaginata nei nostri paesi consuetudinari, e stabilita dall'ordinanza del 1731 (1) donde la trassero i nostri compilatori) non è nè donazione di beni presenti, nè una semplice donazione di beni futuri, nè una riunione dell' una e dell' altra; ma è, come la chiama la legge, una donazione cumulativa dei beni presenti e futuri, una donazione unica, avente non pertanto per oggetto a un tempo i beni attuali siccome beni presenti (non altrimenti che nelle donazioni ordinarie) ed i beni considerati in quanto esisteranno ancora alla morte (siccome nello art. 1082 (1038)).

In fatti ciò che distingue cotale donazione di beni presenti e futuri, da quella pura di beni futuri, consiste secondo l'ultima parte del nostro articolo 1084 (1040) nell'avere il donatario la scelta, al tempo della morte del donante, o di prendere tutti i beni che esisteranno allora, non altrimenti che in una pura donazione di beni futuri, o di dimandare unicamente quelli esistenti nel momento del contratto, abbandonando il rimanente della successione, come farebbe in virtù di una donazione ordinaria di beni presenti.

Emerge dunque dall'art. 1084 (1040) che la disposizione addimandata *donazione cumulativa di beni presenti e futuri*, è una *donazione di beni futuri*, la quale racchiude la facoltà nel donatario di trasformarla alla morte del donante in *una donazione ordinaria dei beni esistenti nel giorno del contratto.* — Questo principio basta a far comprendere a chi può farsi, e quali dovranno essere i suoi effetti.

II. — 295. È dessa una donazione di beni futuri. Dunque può farsi non solo ad uno degli sposi, o ad entrambi, ma eziandio ai figli e discendenti dal matrimonio; oltre a ciò si presume fatta di pieno dritto in vantaggio di cotesti discendenti quando il donante sopravviva agli sposi donatari,

*— La donazione contemplata nell'art. 1040 è di suo genere, ed ha regole proprie. La premorienza del donatario la rende caduca; non così nella donazione tra vivi con trasmissione della proprietà; e per riguardo ai beni futuri rientra nella disposizione dell'art. 1038. — Una donazione tra vivi di beni presenti e futuri fatta nel contratto di matrimonio agli sposi con trasferimento della proprietà, non si può confondere con la disposizione contemplata nell'art. 1040 delle leggi civili, sol perchè nell'atto stesso si trovi unita la donazione dei beni futuri. C. S. di Napoli, 20 dic. 1849.

(1) Ved. gli art. 17 e 18 riferiti sotto i nostri articoli nel *Codice Tripier*.

e non abbia manifestato il contrario (articolo 1082 (1038)). Di che si ha una prova nell'articolo 1089 (1044) il quale novera tale donazione fra quelle che divengono caduche per il sopravvivere del donante agli sposi, ed alla loro discendenza. È provato ancora dallo art. 1093 (1048), con cui si dichiara che siffatta donazione come quella dei beni futuri, non può estendersi a' figli allorchè sia fatta dagli sposi l'uno all'altro.

È dessa una donazione di beni futuri; e tale rimane se il donatario al tempo della morte del donante l'accetti per intero. Dunque in tal caso il donatario è tenuto a rispettare qualunque alienazione che il donante abbia fatto forse a titolo oneroso, e contentarsi di quel che rimane; potendo solo impugnare le alienazioni gratuite allorchè non sieno di cose particolari e di modico valore (articolo 1089 (1044). Al contrario, la disposizione trasmutasi in donazione ordinaria di beni presenti, quando il donatario, alla morte del disponente, dichiari voler ritenere questi ultimi soltanto. Potrebbe egli dunque in tal caso impugnare eziandio le alienazioni a titolo oneroso che il donante avesse fatte di tali beni presenti, vale a dire dei beni esistenti al tempo in cui la donazione fu fatta, purchè abbia curato di farla trascrivere, avvegnacchè la necessità della trascrizione sia una conseguenza dell'essere allora donazione di beni presenti (articolo 939 e seg. (863 e seg.).

296. Del resto gli è certo che il donatario in veron caso non possa pretendere essere investito dei beni presenti dal dì della donazione e vivendo tuttavia il donante, poichè la disposizione non è attualmente donazione di beni presenti, ma può solo diventar tale col ripudio che il donatario, se il voglia, farà più tardi degli altri beni; solo tal rinuncia ha la virtù di trasformare la disposizione in donazione di beni presenti, e la rinunzia può unicamente farsi dopo la morte del disponente. In altri termini, s'egli è vero che la disposizione contenga virtualmente e condizionatamente una donazione di beni presenti, è pure evidente esservi sottintesa la condizione (sospensiva) che il donatario rinuncierà al dippiù dei beni dopo la morte del disponente; dunque non produce alcun effetto fino a che non si adempia a tal condizione.

Certo non sarebbe così allorchè il donante, il quale ne ha il diritto, avesse fatto due diverse donazioni, una di beni presenti e l'altra di beni futuri; ma allora non saremmo più nell'ipotesi del nostro articolo, poichè si avrebbero due donazioni benchè fatte con un solo atto (ciascuna delle quali sarebbe sottoposta separatamente a regole peculiari), e non già la donazione unica e speziale permessa dal Codice cumulativa di beni presenti e futuri.

Dunque Delvincourt e Grenier (numero 434) cadono in errore dicendo che la disposizione del nostro articolo contenga in qualche modo due donazioni, di cui l'una investe immediatamente il donatario quanto ai beni presenti per modo che ne può disporne immediatamente, e trasmetterli a' suoi eredi se premuoia al donante. Si è veduto che una sola è la donazione, la quale solo più tardi potrà essere definitivamente una donazione di beni presenti mercè l'adempimento della condizione che ne sospendeva l'effetto, il che significa con la rinunzia del donatario al dippiù dei beni del donante. Se non che Grenier ritrattò tal dottrina annunziata nella sua prima edizione.

III. — 297. Ma affinchè quegli cui siensi donati unitamente i beni presenti ed i futuri (o tutti o una quota solamente), possa trasformare la liberalità in donazione ordinaria di beni presenti, uopo è che sia stato inserito o annesso all'atto uno stato dei debiti, che avea il donante nel momento in cui faceva la donazione, per modo che il donatario prenda i beni esistenti al giorno della donazione pagando i debiti che li sminuivano. Che se lo stato non esistesse, la disposizione, giusta il nostro art. 1085 (1041), rimarrebbe semplice donazione di beni futuri, e quindi dovrebbe accettarsi o ripudiarsi pel tutto.

Oltre a ciò, il donatario che intende ad

assicurare il suo dritto eventuale di prendere più tardi i beni presenti, e nulla perderne, oltre dello stato dei debiti, deve far distendere uno stato dei mobili. Perocchè, se questo manchi, la donazione (come donazione di beni presenti) varrà solo per gli immobili: e sarà nulla pei mobili giusta l'art. 948 (872); cotalchè il donatario per aver dritto ai mobili dovrebbe accettare la liberalità pel tutto, vale a dire come semplice donazione di beni futuri.

298. Lo stato richiesto dal nostro articolo prova evidentemente che nel pensiero della legge, qualunque donazione universale o a titolo universale obbliga di pieno dritto il donatario a pagare i debiti in proporzione dei beni che prende. Ciò è indubitabile, poichè il Codice permette al donatario di ritenere i beni presenti solo per mezzo dello stato dei debiti presenti, senza distinguere se esista o pur no una clausola formale che a ciò l'obblighi.

Quindi i nostri articoli basterebbero a rovesciare la teoria di Toullier (V, 817) e di Coin-Delisle (art. 945 (869), n. 7 e 12); i quali sostengono che la donazione di beni presenti, anche universale, non obblighi di pieno dritto al pagamento dei debiti del donante. Essi dicono che la legge in ciò sia muta. Ma tal regola non risulta forse abbastanza chiara dalla stessa natura delle cose? Quando io vi dono immediatamente tutto ciò che possiedo, tutti i miei beni, non è forse chiaro che ciò significhi *tutto il mio attivo*, *meno del passivo*? I beni di una persona sono quel che resta dedotti i debiti: *non sunt bona nisi deducto aere alieno*. Ed inoltre tal regola di ragione non emerge dai nostri art. 1084 e 1085 (1040 e 1041)? Per altro questo pensiero della legge è stato formalmente bandito al Tribunato (Fenet, t. XII, p. 599) (1).

299. Del resto non può mettersi in dubbio che il donatario (sia che attengasi ai beni presenti, o che prenda, come beni futuri, tutto ciò che forma la liberalità) paga i debiti (dal giorno della donazione nel primo caso, e della morte nel secondo), in proporzione di quel che prende; un quarto o un terzo dei debiti se abbia un quarto o un terzo dei beni, l'intero, se li prenda tutti. Ma sempre pagherà i debiti fino alla concorrenza del valore dei beni, e non *ultra vires*, essendo in ogni caso un semplice donatario, e non il continuatore della persona del defonto.

Poichè il donatario è tenuto ai debiti, i creditori del defunto potranno procedere contro di lui. Se non che sarà pure in loro balìa dirigersi contro gli eredi del donante, non avendo questi potuto costringerli ad accettare in sua vece per debitore il donatario; cosicchè gli eredi saranno obbligati al pagamento, salvo bensì il regresso contro di quello.

300. Qui cade in acconcio presentare un'osservazione, di cui comprendesi di leggieri la esattezza, cioè che dal potere il donatario di beni presenti e futuri, solo ritenere i beni presenti semprechè ne paghi i debiti, e dall'avere ricevuto in donazione, conforme la natura stessa delle cose, il solo attivo meno del passivo, consegue che quando il disponente avesse satisfatto prima della morte tutti o parte dei debiti, indicati nello stato, che aveva al giorno della disposizione, s'intende averli pagato per conto del donatario, di modo che questi non potrebbe prendere i beni presenti che compensando la successione delle somme già pagate.

IV. — **301.** L'ultima quistione che rimane ad esaminare su tale donazione di beni presenti e futuri è, se morendo lo sposo donatario prima del donante, i figli del matrimonio (nella ipotesi che non sieno stati formalmente esclusi) possano, alla morte del donante, trasformare la disposizione in donazione di beni presenti agendo per dritto proprio, e per loro esclusivo vantaggio, ovvero se per ciò debbano dichiararsi eredi dello sposo predefunto, e prendere la donazione dei beni

(1) Ved. nel t. III, part. II il nostro commentario dello art. 1626 (1472), n. VII.

presenti come una parte dell' eredità di quest'ultimo, e dividendola quindi con gli altri coeredi se per avventura ne esistano (figli di altro matrimonio) ovvero con i legatari universali o a titolo universale.

Ecco quel che dicesi per sostenere quest'ultima idea:

Allorchè i figli dichiarano ritenere solo i beni che esistevano nel giorno della disposizione, questa diventa donazione ordinaria di beni presenti, per modo che s' intende allora (per l' effetto retroattivo della condizione da cui dipendeva) avere investito il donatario immediatamente nel giorno stesso della formazione dell' atto. Se è così, quegli che fu investito da tal giorno essendo stato il donatario, vale a dire lo sposo or predefunto, ne segue che fu egli sin dal principio il proprietario dei beni donati. Or l'essere stato il donatario primitivo proprietario dal giorno stesso della donazione, importa che il donante non potea fare più alcuna alienazione nè pure a titolo oneroso. Se dunque lo sposo già defunto fu proprietario dei beni, questi fanno parte della successione; quindi i figli del matrimonio possono prenderli semprechè accettino tal successione; e debbono dividerli con gli altri successori se ve ne sieno.

302. Questa teorica, benchè speciosa, non è quella del legislatore.

La legge, nello stabilire implicitamente la regola che la donazione di beni presenti e futuri, diventi donazione di beni presenti soltanto, mercè la scelta del donatario, ha voluto necessariamente armonizzarla con le altre regole di siffatta specie di liberalità di modo che quel principio, anzichè assorberli, dee combinarsi con essi.... Or quando i discendenti del matrimonio divengono donatari per la premorienza dello sposo, con tal titolo e per loro proprio dritto essi devono raccogliere i beni. Se il dritto, anche rispetto ai beni presenti, si apre solo per la morte del donante, se la liberalità è offerta al donatario che gli sopravviva, e rimane caduca per ogni altro, è certo che la proprietà non ha potuto appartenere, neppure retroattivamente, allo sposo premorto, cui, per la premorienza, rimase estranea la disposizione... Senza dubbio è uopo nella teoria della legge riconoscere, che per effetto della scelta del donatario quanto ai beni presenti, il donante dal giorno stesso della donazione non potè più alienarli. Se non che per spiegare tale effetto, non è indispensabile ammettere che da quel giorno la proprietà dei beni dalle mani del donante sia passata in quelle del donatario, ma basta il dire che quantunque quegli resti proprietario fino alla sua morte, pure stà bensì sottoposto all'obbligazione legale di conservare i beni al donatario che gli sopravviva, e quindi al divieto assoluto di alienare, al pari del gravato di restituzione, e del donante di beni futuri per le alienazioni gratuite.

Dunque i figli del matrimonio, nel caso in cui premuoia lo sposo, raccolgano la liberalità anche come donazione di beni presenti, non già come eredi di costui, ma quali donatari e *proprio jure*.

1086 (T). — La donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri dallo stesso matrimonio, da qualunque persona provenga, potrà ancora essere fatta colla condizione di pagare indistintamente tutti i debiti e pesi dell' eredità del donante, ovvero sotto altre condizioni, l'esecuzione delle quali fosse per dipendere dalla sua volontà; il donatario sarà tenuto di adempiere a queste condizioni, quando non prescelga di rinunciare alla donazione; e nel caso che il donante nel contratto di matrimonio si fosse riservata la facoltà di disporre di un effetto compreso nella donazione dei suoi beni presenti, o di una determinata somma da ricavarsi dai suddetti beni, l'effetto o la somma, quando egli morisse senza averne disposto, si riterranno compresi nella donazione, ed apparterranno al donatario od ai suoi eredi.

SOMMARIO

I. Derogazione alla regola stabilita nell' articolo 947 (871) donare e ritenere non vale.
II. Il ravvicinare questo articolo con gli articoli 1081 e 1089 (1037 e 1044) fa nascere due gravi difficoltà.
III. Soluzione della prima. L'articolo applicasi alle donazioni di beni presenti, come alle altre; le quali possono, nei casi che prevede, estendersi ai figli che nasceranno.
IV. Soluzione della seconda difficoltà. Le parole o a' suoi eredi devono mantenersi col mezzo di una distinzione che bisogna sottintendere nell'art. 1089 (1044).
V. Differenza tra la riserva del dritto di disporre di una cosa, e la riserva o la ritenzione della stessa cosa. Errore di Vazeille.

I. — 303. Questo articolo per favorire il contratto di matrimonio esime le donazioni che vi si fanno, dalla regola sì rigorosa nelle donazioni ordinarie, *donare e ritenere non vale*. Per principio una donazione è nulla se il donante nel farla, stipuli una clausola qualunque che possa renderla senza effetto. Qui al contrario, simigliante stipulazione non nuoce alla validità della disposizione; cotalchè essa non ostante quella clausola sarà eseguita, se il disponente non ne abbia usato.

Così, quantunque il donante abbia sottoposto il suo donatario ad obbligazioni, che quegli a suo arbitrio possa creare ed aumentare; per modo di esempio, a pagare tutti i debiti che potrà contrarre, la donazione, benchè sia nulla in ogni altra circostanza (art. 945 (869)), qui è valida per modo che il donatario avrà i beni, soddisfacendo bensì a' pesi. Se non che potendo il disponente crearne a dismisura da oltrepassare il valore dei beni, il nostro articolo riserva al donatario il dritto di francarsene rinunciando alla disposizione.

Così ancora, sebbene qualunque donazione fatta sotto condizione che dipenda dalla volontà del donante, sia d' ordinario interamente nulla (art. 944) (868)), qui in vece produce il suo effetto se la condizione si compia. Ma abbiamo veduto (art. 944 (868), n. 1). che non vuolsi confondere la condizione che dipende dalla volontà di una persona con quella di cui parla l' art. 1174 (1127), che è riposta nel suo capriccio e nella sua bizzarria. Io posso senza dubbio nel vostro contratto di matrimonio farvi una donazione sotto una delle seguenti condizioni « se mi amogli in quest'anno; » « se faccia eseguire tale costruzione ; » « se io vi rimuova dall' impiego che occupate nella mia casa »...; ma farei un atto evidentemente nullo se la condizione fosse una di coteste: « se ciò mi convenga » « se lo voglia » « se io mi vi determini ; » « se non cangi consiglio da qui ad un anno ». In questo secondo caso l'atto sarebbe nullo, non solo come donazione che viola il principio *donare e ritenere non vale* giusta l'art. 944 (868), ma eziandio secondo lo art. 1174 (1127) per mancanza assoluta di vincolo e per l' inapplicazione di una regola che riguarda tanto gli atti onerosi che le donazioni. Il nostro articolo è una eccezione all'art. 944 (868) e non all'articolo 1174 (1127) poichè la regola stanziata in quest'ultimo non ammette alcuna eccezione.

Finalmente, quantunque la facoltà con cui il donante riservasi di disporre più innanzi della cosa donata, renda sempre nulla la sua donazione, per modo che quando egli muoia senza averne disposto, la cosa appartiene agli eredi legittimi del donante, e non al donatario (art. 946 (870)), qui in vece la riserba non nuocerà alla donazione. Se dunque il donante muore senza farne uso, la cosa rimarrà al donatario, ed ai suoi eredi se quello sia premorto al donante.

Tal derogazione agli art. 944, 945, 946 (868, 869, 870) al pari di quella che gli art. 1082, 1084 (1038, 1040) fanno allo art. 944 (868); ci era stata indicata nell' art. 947 (871).

II. — 304. Le prime parole del nostro articolo, ed alla lor volta le ultime fanno

sorgere due difficoltà, che gli interpreti non risolvono tutti d'un modo.

1° L'articolo a prima giunta par che dica che esso permette le derogazioni alla regola *donare e ritenere non vale* solo per le donazioni fatte agli *sposi o ai figli nascituri*. Or l'art. 1081 (1037) dichiara che la donazione di beni presenti può farsi, anche per contratto di matrimonio, a vantaggio dei figli che nasceranno; di che sembra derivare che il favore accordato dal nostro articolo non si applichi a cotali donazioni di beni presenti. Se non che, d'altra parte, l'articolo parla di un donante che si riservi la disposizione di una cosa compresa in una donazione *di tali beni presenti*..... Come si chiarisce questa contraddizione?

2° L'articolo dice in fine che se il donante muoja senz'aver disposto della cosa riservata, questa resterà al donatario *o ai suoi eredi*; vale a dire che chicchessieno cotesti eredi (ascendenti o collaterali, ed anche discendenti) la riterranno se essi l'abbiano avuta alla morte del disponente; cioè in altri termini, se il donatario sia premorto a quello. Ma come può spiegarsi che eredi ascendenti o collaterali del donatario possano conseguire la cosa donata non ostante la sopravvivenza del donante al donatario, mentre l'art. 1089 (1044) sancisce la caducità della donazione di cui parla il nostro articolo per tale sopravvivenza?

III.—305. La prima difficoltà si chiarisce, secondo noi, di leggieri.

Il nostro articolo nel dire che « la donazione per contratto di matrimonio in favore degli sposi e dei figli nascituri potrà farsi ancora sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante »; non volle dinotare solamente « che quando la donazione si faccia agli sposi ed ai figli che nasceranno potrà contenere condizioni...»; ma che — « la donazione, la quale dagli sposi estendesi ai figli nascituri, può avere effetto quando facciasi sotto condizioni dipendenti. . . » In altri termini, la prima parte dell'articolo, non si propone solo scopo d'insegnare che si possa fare la donazione sotto tali condizioni allorchè si estenda ai figli; ma eziandio che possa estendersi a questi ultimi allorchè sia fatta sotto quelle condizioni. Quel che prova tal verità si è che l'art. 18 della ordinanza del 1731, donde fu tratta la disposizione del nostro art. 1086 (T), era così concepito:— « Intendiamo che le *donazioni di beni presenti fatte sotto la condizione* di pagare indistintamente i debiti e pesi... o sotto altre condizioni, di cui l'esecuzione dipenda..... *possano farsi* nei contratti di matrimonio *in favore dei coniugi e loro discendenti*, da qualunque persona »..... (il rimanente come nel nostro articolo). Raffrontando l'articolo dell'ordinanza col nostro, si riconosce essere questo copiato interamento da quello, salvo una maggior brevità nella prima parte; or abbiamo veduto che secondo ivi dichiaravasi, *le donazioni di beni presenti*, fatte sotto condizioni potestative per il donante *potevano farsi in favore dei coniugi e loro discendenti* (1).

306. Gli art. 1081, 1082, 1084 e 1086 (1037, 1038, 1040 e T) si riassumono dunque in ciò che segue: Per principio la donazione fra vivi non può farsi in vantaggio di una persona non ancora concepita (art. 906 (822)), e quindi la donazione fatta agli sposi nel loro contratto di matrimonio non può estendersi ai loro figli nascituri (1081 (1037)); ma potendo tal donazione riguardare i beni futuri (articolo 1082 (1038)) o i beni presenti e futuri (1084 (1040)) o dipendere da condizioni potestative pel donante (art. 1086 (T)), è permesso in tali tre casi farla a un tempo così per gli sposi che pei figli nascituri dal matrimonio.

Così, quando la donazione di beni presenti sia fatta puramente e semplicemente; o la condizione a cui si sottopone non dipenda dalla volontà del donante essendo nel caso dell'articolo 1081 (1037) la donazione può farsi solo agli sposi.

Se, al contrario, la donazione siasi fatta

(1) Ved. l'art. 18 della ordinanza del *Codice Tripier* (art. 1086).

sotto una condizione che dipenda dalla volontà del disponente, siamo nell'ipotesi del nostro articolo, quindi la disposizione può comprendere i discendenti dal matrimonio e, per analogia dell'art. 1084 (1040) li comprende di pieno dritto, se il contrario non sia stato dichiarato. — In fatti, allorchè la donazione di beni presenti sia sospesa da una condizione potestativa per il donante, questi può non farla effettuare; per modo che, la donazione può restare incerta sino alla morte del suo autore; or tal somiglianza la ravvicina alle donazioni dei beni futuri; e da ciò certamente ha causa il permettersi dalla legge la chiamata dei figli quando gli sposi donatari muojano prima del donante, e prima di aver conseguito la liberalità. Noi parliamo delle condizioni che sospendono la donazione, cioè di quelle sospensive; poichè quando si tratta di condizioni risolutive, non fa di certo mestieri chiamare i figli per raccogliere in luogo dello sposo predefunto, avvegnacchè la premorienza di costui (siccome vedremo nel numero seguente e nello art. 1089 (1044)), non renderebbe la donazione caduca, ma farebbe passare la cosa agli eredi quali che siano del donatario.

IV. — 307. La seconda difficoltà è sembrata anche più forte, e il più degli interpreti la considerano come una specie di nodo gordiano, a sciogliere il quale bisogna si rinunzii, e la troncano con dire che le parole, o *ai suoi eredi*, sono state per errore copiate nell' art. 18 dell'ordinanza, e che non debba tenersene ragione. — Non potremmo accostarci a tale idea; e quelle parole anzichè sembrarci inesplicabili, esprimono per noi una regola del tutto conforme ai principi.

Nello spiegare l'art. 1089 (1044) vedremo, che la caducità di cui esso parla non colpisce tutte le donazioni permesse dal nostro articolo.

Le condizioni potestative per il disponente, che la legge qui autorizza, saranno ora sospensive, ed ora risolutive.

Or noi vedremo, che se può esservi caducità per le une (perchè essendo allora sospeso l'effetto della donazione, il donatario può morire innanzi che sia prodotto lo effetto, ed aperto il dritto) non può essere per le seconde (dacchè queste non impediscono, ma all' incontro suppongono l'immediato effetto della donazione, e l'apertura presente del dritto). Riserbandoci di dare il necessario sviluppo a questo punto sotto l'art. 1089 (1044), togliamo ora ad esempio, il caso di cui si occupa la seconda parte del nostro articolo, e che fa sorgere la difficoltà che dobbiamo risolvere.

308. Io posso donarvi la mia casa (o sola, ovvero insieme con altri beni), dichiarando, che sarà vostra se io muoja senza che ne abbia altrimenti disposto. In tal caso, che non è il preveduto dalla seconda parte del nostro articolo, la donazione della casa è fatta con condizione sospensiva; in vero è condizionale la donazione: *io vi dono se.....* In simigliante caso, morendo senza averne altrimenti disposto, la donazione si recherà in effetto; disponendo all'incontro della casa, non vi sarà stata mai donazione. Siccome la mia morte deve aprire il dritto di investirvene, così se voi morrete innanzi a me, non avrete nulla raccolto, e quindi nulla trasmetterete ai vostri eredi; la donazione è caduca.

Io posso all' incontro donarvi la casa, e farla vostra sul punto stesso, ma dichiarando che non vi apparterrà più, se più innanzi io ne disponessi diversamente. Ecco il caso del nostro articolo, e dell' articolo 18 dell'ordinanza, che parlano di un donante *che si riserbi* di disporre di una cosa *compresa nella donazione*. Qui la donazione è sotto condizione risolutiva; come ben diceva Furgole, è una donazione pura e semplice, soggetta ad una risoluzione condizionale: *donatio pura, quae sub conditione resolvi potest.*

Qui avete voi immediatamente la proprietà (ma risolubile); e morendo la trasmetterete quale essa è ai vostri rappresentanti. Se dunque io muora, senza aver disposto della cosa, la mia morte ne assicurerà la proprietà irrevocabile, o a voi se pur vivete, o *ai vostri credi*, se

voi siete premorto.

Tutto ciò sarà meglio compreso colla spiegazione dell' art. 1089 (1044).

V. — 309. Gli è del resto evidente, checchè ne dica Vazeille (n. 4), esservi gran differenza fra la riserva *del dritto di disporre* più innanzi d'una cosa che faccia parte della donazione, e la riserva della cosa stessa.

Donandovi i miei immobili con la riserva di disporre di uno di essi, il mio podere di Normandia, questo vien compreso nella donazione; ne uscirà se ne dispongo; se no, vi resterà.

Ma allorchè vi dò tutti i miei immobili, *riserbando il mio podere*, desso non è donato, la donazione riguarda gl'immobili, tranne quello; e quando pure io morissi senza aver disposto del podere, esso non vi apparterrà affatto, ma resterà nella mia successione. Senza dubbio, i termini di una donazione potranno essere ambigui; così allorchè il donante ha detto; « mi riservo 24,000 fr. per disporne a mio talento » difficilmente potrà conoscersi, se abbia voluto riservarsi il dritto di disporre della somma, ovvero ritener la somma ad ogni evento, indicando l'idea di una novella disposizione come motivo del ritenerla, e non già come condizione di riprenderla appresso: sarebbe questo un punto di fatto, una quistione d'intenzione da valutarsi secondo le circostanze. Ma si nega l'evidenza, decidendo io dritto e come principio, essere tutta una cosa la riserva della facoltà di disporre di un oggetto, e la riserva o retenzione di esso (1).

1087 (1042). — Le donazioni fatte per contratto di matrimonio non potranno essere impugnate, nè dichiarate nulle, sotto pretesto di mancanza di accettazione.*

310. Le donazioni fatte ai futuri conjugi nel contratto di matrimonio, per il favore onde son riguardate, non potevano lasciarsi soggette alla disposizione cotanto severa, diciamo anzi cotanto odiosa, dell'art. 932 (856) che per la nullità vuole un' accettazione in *termini espressi*.

Qui, come nei contratti a titolo oneroso, basterà che vi sia nell'atto il concorso del donante e del donatario, perchè si manifesti l'accordo delle volontà; e la mancanza di una speciale e formale dichiarazione sul proposito, non sarà più un motivo, o meglio, come esattamente dice il nostro articolo, un pretesto, perchè la donazione si annulli.

1088 (1043). — Qualunque donazione fatta a contemplazione di matrimonio sarà senza effetto, se il matrimonio non segue.**

311. La donazione fatta in contemplazione di un matrimonio è necessariamente sottoposta alla condizione se avrà effetto; non compintasi quindi la condizione, non vi ha donazione.

1089 (1044). — Le donazioni fatte ad uno degli sposi nei modi qui sopra enunciati negli articoli 1082, 1084 e 1085 (1038, 1040 e 1041) saranno pure senza effetto, se il donante sopravvive allo sposo donatario, ed alla sua discendenza.

(1) Forgole (art. 18 dell' ordinanza); Grenier (n. 440); Delvincourt, Toullier (V, 827); Duranton (IX, 741); Bordeaux, 19 gen. 1827.

* — La donazione fatta da un minore per causa di matrimonio alla futura sposa, non nel contratto di nozze, ma con atto separato, in cui essa non sia intervenuta per accettarla, seguito il matrimonio, non può essere attaccata di nullità perchè non racchiusa nei patti nuziali e perchè non accettata espressamente. C. S. di Napoli, 12 ag. 1851 (cam. riun.).

— La donazione fatta nei capitoli matrimoniali, a contemplazione del matrimonio da farsi, ad una figlia già nata e figli nascituri, non è nulla per mancanza di accettazione riguardo alla figlia nata. C. S. di Napoli, 4 nov. 1852.

** — Non ogni donazione che si fa in un contratto nuziale diviene caduca ove il matrimonio non si effettui. C. S. di Napoli, 23 gen. 1827.

SOMMARIO

I. Mala compilazione dell'articolo.
II. La caducità non cade sopra tutte le donozioni prevedute dallo art. 1086 (T).
III. Essendovi dubbio non toccherà ai rappresentanti del donante la prova della sua sopravvivenza, ma ai loro contrari la prova del suo premorire.

I.—312. Il modo negletto e non esplicito, ond'è stata dettata tal disposizione, lascia sottintese tre idee che debbonsi aggiungere: così, 1. l'art. fa male di parlar solo delle donazioni fatte *ad uno dei conjugi*, trattandosi certamente di quelle che si fanno ai conjugi, o ad uno di loro, (art. 1082 (1030)); 2. esso è parimente troppo stringato nel sottoporre assolutamente la caducità della donazione, al premorire della prole del donatario; avvegnacchè dapprima non può trattarsi di tutta la prole, ma soltanto di quella nata dal matrimonio, in contemplazione di cui la donazione si è fatta, secondo è provato dagli art. 1082 e 1083 (1038 e 1039); e poi la caducità avviene anche, non ostante che esistano figli venuti dal matrimonio, allorchè sieno stati formalmente esclusi dal beneficio della donazione (art. 1082 (1038) (n. II); 3. da ultimo esso è del pari troppo assoluto, parlando generalmente delle donazioni fatte nei termini degli articoli 1082, 1084 e 1086 (1038, 1040 e T), essendovene alcune, per cui non si può per la forza stessa delle cose dar luogo a caducità.—Dobbiamo fermarci sopra quest'ultima proposizione, sebbene fosse stata già in parte svolta sotto l'art. 1086 (T). n. IV.

II.—313. Caduca è quella disposizione che va a vuoto, nasce morta, che cade, e si annulla, innanzi di aver potuto sortire il suo effetto.

Dunque, siccome qualunque liberalità è esclusivamente personale a quelli cui si fa, e non può trasmettersi ai rappresentanti del beneficiario, se non quando questi l'abbia raccolta, così ella sarà caduca, quante volte costui muore prima che sia stato investito del dritto; su tal principio, è fondata la caducità pronunziata dal nostro articolo.

Ma è certo che la morte del beneficiario non produrrà più la caducità, ma anzi la trasmissione del dritto ai suoi rappresentanti, quando il dritto si sarà aperto per lui, ed egli sarà morto investito del beneficio.

Posto ciò, comprendesi di leggieri, che la sopravvivenza del donante al donatario (o ai donatari) renderà sempre caduche le donazioni prevedute dagli art. 1082, 1084 (1038, 1040), ma solo qualche volta le donazioni dell'art. 1086 (T).

314. La formola delle donazioni dell'art. 1082 (1038) è la seguente; « Io dono a voi soltanto, ovvero a voi ed anche (se voi moriste innanzi a me) ai discendenti che verranno dal vostro matrimonio, i beni che lascerò alla morte, o quella frazione di beni, o la tal cosa se truovasi ancora nel mio patrimonio in quel tempo, ovvero in fine la tal somma da prendersi allora sulla mia eredità ». La è questa una donazione di beni futuri, che conferisce non un dritto presente, ma una semplice speranza, un dritto eventuale, che si recherà in atto, si aprirà, e potrà investire il donatario alla morte del disponente.—Pertanto. se la morte del donatario (essendosi esclusi i discendenti nati dal matrimonio, o non esistendone punto); ovvero la morte di più donatari avvenga innanzi quella del donante, innanzi che i beneficiari sieno stati investiti, e il dritto si sia aperto, la disposizione è certamente caduca. Or nell'art. 1084 (1040) la disposizione è sempre in fondo, e salvo quel che possa avvenire alla morte del disponente, una donazione di beni futuri, e conseguentemente è lo stesso il risultamento. Senza fallo il donatario qui ha il dritto di mutare la disposizione in una donazione

di beni presenti, per la qual facoltà distinguesi cotesta donazione da quella pura di beni futuri.

Ma non può darsi luogo a tramutamento quando il donatario non vive più al tempo in cui muore il donante, avvegnacchè la facoltà di motare non possa esercitarsi che *dal donatario*, e dopo la morte del donante: quindi la donazione è, ed è sempre stata una donazione di beni futuri che rientra nello art. 1082 (1038) e va intieramente soggetta a ciò che abbiam detto.

315. Pertanto le donazioni degli articoli 1082 e 1084 (1038 e 1040) saran sempre caduche, e in tutti i casi possibili; ma non così quelle dell'art. 1086 (T). Difatti, le condizioni potestative che cotesto articolo autorizza, saranno ora sospensive, ed ora risolutive. Or non vi può essere caducità nelle condizioni risolutive. Quando io vi dono la mia casa con dichiarare che la donazione si terrà per non avvenuta se in mi ammogli, voi siete sull' istante investito della proprietà della casa (proprietà invero risolubile), il vostro dritto apresi immediatamente, la donazione sortisce il suo effetto, e voi siete proprietario fino a quando io non mi ammogli. — Dunque se voi morrete, la casa, quantunque io viva ancora, non essendomi ammogliato, fa parte del vostro patrimonio, entra nella vostra eredità, e trasmettesi ai vostri eredi; non si può parlare di caducità, di donazione che va a vuoto nè genera il suo effetto, essendo da molto tempo questo prodotto, e continuando finchè esso non sarà risoluto per lo avverarsi della condizione.

Così non può darsi luogo a caducità trattandosi di una condizione risolutiva; ma soltanto nel caso della condizione sospensiva. Donandovi la mia casa, affinchè divenga vostra se io mi ammogli, voi non avete al presente alcun dritto, la mia donazione non sortisce immediatamente alcun effetto; sol quando io mi ammogli si aprirà il dritto vostro. Dunque se voi morrete innanzi che io mi ammogli, voi non potete trasmettere alcun dritto ai vostri eredi; e siccome il dritto non aperto ancora per voi, non può aprirsi per altri (essendo la liberalità, come abbiamo già detto, esclusivamente personale al donatario), l'effetto non per anche prodotto non può più avversi, caduca è la donazione. Ma perchè la caducità cui non può darsi mai luogo essendovi condizione risolutiva, si effettui per la premorienza del donatario, essendovi la condizione sospensiva, è forza pure, siccome si è potuto osservare in ciò che abbiam detto, che la premorienza avvenga innanzi che la condizione si compia. — Se donatavi la mia casa, perchè divenga vostra, allorquando io mi ammogli, io mi son poi ammogliato vivendo ancor voi, da tal punto si è aperto certamente il vostro dritto, la donazione ha sortito il suo effetto, voi siete divenuto proprietario irrevocabile della casa, e la vostra morte, avvenuta anche dopo la mia, farà non che la disposizione sia caduca, ma che si trasmetta ai vostri rappresentanti il dritto che era definitivamente nel vostro patrimonio.

316. Questa teoria generale si applica specialmente al caso in cui il donante si è riserbato il dritto di disporre di una cosa che dona. Se egli, anzichè dare al presente la cosa, riserbandosi di risolvere la donazione con una posteriore disposizione, la darebbe sotto la condizione che egli non ne disporrà; se dicesse al donatario: « questa cosa sarà vostra, se io muoja senza che ne abbia disposto » in tal caso sarebbe donazione sotto condizione sospensiva; e quindi se nel punto in cui il donante muore senza averne disposto, e in cui devesi quindi aprire il dritto del donatario, fosse questi premorto, la donazione sarebbe caduca, e la cosa resterebbe agli eredi del donante: essendo necessario, perchè la donazione sortisca il suo effetto, che sia ancor vivo il donatario (o uno dei donatari, se parecchi sieno stati chiamati). Ma allorchè si è fatta realmente una *riserva* di disporre di una cosa al presente donata; quando si è detto « io vi dono questa casa, ma la donazione si risolverà, se più innanzi altrimenti ne disponga, » la donazione allora è sotto condizione risolutiva, il donatario immediatamente è investito, e la proprietà (risolubile) gli appartiene.

In questo caso pertanto la morte del donatario trasmetterebbe la proprietà ai suoi eredi, e quindi se il donante muore, senza aver fatto una nuova disposizione, nè compito la condizione risolutiva, nè risoluto la proprietà del donatario, questa apparterrà irrevocabilmente, o al donatario se viva ancora, o ai suoi eredi se egli sia premorto. La qual cosa vien positivamente dichiarata dalla seconda parte dell'articolo 1086 (T).

III. — 317. Riassumendo, diciamo, che sarà sempre caduca nel caso dell' articolo 1082 (1038) per la premorienza del donatario, la donazione di beni futuri; avvegnacchè il donatario ne sia sempre investito per la morte del donante. Similmente si darà luogo sempre a caducità nel caso dell'art. 1084 (1040), dacchè la donazione di beni presenti e futuri di cui tratta, resta interamente donazione di beni futuri, fino a che il donante viva, cotalchè questo secondo caso rientra nel primo. Ma non vi sarà caducità nel caso dell'articolo 1086 (T), se non quando vi sarebbe una condizione sospensiva, la quale non compirebbesi alla morte del donatario, perocchè allora soltanto muore il donatario senza che ne sia investito.

Il nostro articolo adunque deve così esser concepito: « Le donazioni fatte ai conjugi, o ad uno di loro nei termini degli art. 1082, 1084 e 1086 (1038, 1040 e T) diventeranno caduche *in tutti i casi in cui si potrà dar luogo a caducità*, se il donante sopravviva allo sposo donatario, ed anche alla sua discendenza *venuta dal matrimonio*, *tranne che questa non sia stata formalmente esclusa dalla disposizione* ».

Pur nondimeno, quando pure l'articolo fosse così concepito, esso sarebbe inesatto in un punto. Invero, dicendosi dal Codice, che le donazioni di cui è discorso, *diventeranno caduche se il donatario sopravviva*, potrebbesi credere che la sopravvivenza del donante debba provarsi, affinchè si renda caduca la donazione, e conseguentemente, essendo dubbio, se il donante o il donatario sia all'altro sopravvissuto, spetterebbe agli eredi del disponente provare la sopravvivenza del loro autore. Ma questo è certamente un errore. Colui che reclama l'esercizio di un diritto, deve provare la esistenza del diritto, e non già l'avversario la negativa. L'articolo adunque vuol dire, che le donazioni di cui è parola non si toglieranno dalla caducità, nè produrranno il loro effetto, se non quando *il donatario* (o la sua discendenza venuta dal matrimonio, quando non ne sia esclusa) *sopravvivesse al donante*, essendo provata la sopravvivenza di costui.

1090 (1045). — Tutte le donazioni fatte agli sposi a contemplazione del loro matrimonio, saranno al tempo dell' apertura della successione del donante, riducibili alla porzione di cui la legge gli permetteva di disporre.

318. Per quanto degne di favore sieno le donazioni di cui tratta il nostro capitolo, non poteva certamente per esse venir meno la riserva degli eredi; dovranno quindi come le altre tutte, ridursi alla porzione disponibile.

Del resto, siccome tali disposizioni costituiscono donazione fra vivi, così giusta l'art. 923 (840) non una di esse potrà ridursi se non dopo esauriti tutti i beni compresi nei legati. È dunque un errore la contraria dottrina di Duranton (XII, 357 e 358) il quale vuol pareggiarle ai legati, e ridurre insieme con esse qualunque donazione che non sia irrevocabile; e noi largamente lo abbiamo confutato sotto l'articolo 923 (840), n. 1.

CAPITOLO NONO

DELLE DISPOSIZIONI FATTE FRA GLI SPOSI O PER CONTRATTO DI MATRIMONIO, O DURANTE IL MATRIMONIO.

319. Questo capitolo col quale ha fine il nostro titolo delle donazioni e dei testamenti, prescrive regole speciali per le donazioni fatte fra coniugi. Fra le quali regole, alcune si riferiscono alle donazioni che i conjugi si fanno *nel loro contratto di matrimonio* (art. 1091, 1092, 1093 e 1095 (1046, 1047, 1048 e 1049));— altre alle donazioni che si fanno i coniugi *durante il matrimonio* (art. 1096 e 1097 (1050 e 1051)); le ultime che stabiliscono pei conjugi un sistema di porzione disponibile diverso dall' ordinario, sono comuni alle due classi di donazioni (art. 1097, 1098, 1099 e 1100 (T, 1052, 1053 e 1054)).

§ 1. —*Donazioni fatte fra conjugi per contratto di matrimonio.*

1091 (1046).—Gli sposi potranno per contratto di matrimonio farsi reciprocamente, o l'uno dei due all'altro, le donazioni che vorranno, sotto le modificazioni qui appresso indicate.

320. I futuri coniugi possono nel loro contratto farsi *quelle donazioni che meglio stimeranno*, tanto quelle di cui si è trattato nel capitolo precedente, che le altre tutte.

1092 (1047).—Qualunque donazione fra vivi, dei beni presenti fatta fra sposi per contratto di matrimonio, non si presume fatta sotto la condizione della sopravvivenza del donatario, se questa condizione non è formalmente espressa; e sarà sottoposta a tutte le regole, e forme prescritte di sopra per tali donazioni.

321. Nelle nostre antiche provincie di dritto scritto, le donazioni che si facevano due futuri sposi, quando pure riguardassero beni presenti, tenevansi soggette alla tacita condizione che il donatario sopravvivesse. (*Ved.* Furgole, quest. 49).

Le nostre consuetudini all'incontro non ammettevano questa tacita condizione, e la premorienza del donatario rendeva inefficace la donazione, quando il donante lo avesse positivamente dichiarato (Dumoulin, *De donat. in contr. matr.*, n. 14).

Il sistema delle consuetudini venne adottato dal nostro articolo. Qualunque donazione di beni presenti fra gli sposi per contratto di matrimonio, sarà pura, semplice, irrevocabile se non sarà altrimenti manifestato; quando il donante vorrà o che la donazione dipenda dalla sopravvivenza del donatario, ovvero che l'effetto di essa immediatamente consentito, si risolva per la premorienza dello stesso donatario, dovrà espressamente imporre la condizione sospensiva o risolutiva. Se poi i termini usati facessero dubitare, se siasi voluto assoggettire la donazione ad una condizione sospensiva, ovvero ad una risolutiva, sarebbe questo un punto di fatto, una quistione di interpretazione che si risolverà secondo le circostanze.

322. Le donazioni di cui è discorso son soggette secondo il nostro articolo a tutte le regole e forme dianzi stabilite, cioè allo generali stanziate nella prima parte del nostro titolo, e alle speciali scritte nel capitolo VIII.— Così dovranno trascriversi se riguardino immobili (art. 939 (863)) ed essere accompagnate dello stato estimati-

,vo se concernano mobili (art. 948 (872)); non han bisogno che sieno espressamente accettate (articolo 1087 (1042)), son caduche se il matrimonio non avviene (articolo 1088 (1043)). Del resto si sa che elle non sno rivocabili per sopravvegnenza di figli (art. 650 (572)); ma a nostro avviso sono tali per cagion d' ingratitudine (art. 659, n. I (580)).

1093 (1048). — La donazione di beni futuri o dei beni presenti e futuri fatta tra gli sposi per contratto di matrimonio, o da un solo di essi, o reciprocamente, soggiacerà alle regole stabilite nel capo precedente, rispetto a tali donazioni che loro venissero fatte da terze persone, eccetto che non sarà trasmissibile ai figli nati dal matrimonio, in caso di premorienza del conjuge donatario al conjuge donante.

323. Le donzioni di beni futuri, o di beni presenti e futuri che gli sposi si fanno per contratto, son governate in tutto dalle regole da noi spiegate sotto gli art. 1082 (1038) e seguenti, tranne che quando elle son fatte agli sposi da terzi, possono estendersi (e si estendono anche di pieno dritto, se non siesi detto il contrario) dove il donatario premorisse ai discendenti che verranno dal matrimonio. All'incontro quelle che si fanno fra loro, non possono mai estendersi ai discendenti, e saran sempre caduche se premorisse lo sposo donatario. Diciamo che non possono mai estendersi ai discendenti. Invero non bisognerebbe credere, come male insegna Duranton (IX, 759), che la donazione potrebbe sortire il suo effetto in vantaggio dei discendenti, mercè una formale dichiarazione del donante. Gli è questo secondo noi errore certo, e che facilmente si dimostra. L'articolo 906 (822) vieta generalmente che si facciano donazioni a chi non sia per anco concepito; gli art. 1082, 1084 (1038, 1040) vi fanno eccezione per le donazioni fatte ai futuri conjugi dai terzi; ma le donazioni fatte dai coniugi fra loro, non essendosi qui riprodotta la eccezione, si reggono con la regola.

Così non si dica essere vietata tal donazione ai figli che verranno; e quindi se in questo o quel caso ella non può aver effetto di pieno dritto, può sempre derivare da una clausola speciale. Non v' ha cosa di ciò più esatta. Cotesta disposizione è vietata, e il divieto è dettato con energia nell'art. 906 (812). Gli art. 1082 (1038) e seguenti tolgono questo divieto per le donazioni fatte ai coniugi da terzi, ma non ve ne ha uno che lo tolga per quelle che si fanno gli sposi fra loro. — È tal sistema del Codice è perfettamente razionale; perocchè qui i beni che il figlio non prenderà a titolo di donazione per la premorienza del coniuge donatario, li ritroverà nella eredità del coniuge donante, per modo che la regola dell' art. 906 (822) non genera alcuna difficoltà; laddove essendo estraneo il donante, il figlio, premorendo lo sposo donatario, avrebbe irrevocabilmente perduto i beni (*Conf.* Delvincourt, Coin-Delisle, n. 4).

324. Il presente articolo mal si esprime dicendo che le donazioni di cui parla non saranno *trasmissibili* ai figli: non essendo tali nemmeno quelle degli art. 1082 e 1084 (1038 e 1040) perchè la premorienza del donatario rende caduca la donazione rispetto a lui; egli quindi nulla raccogliendo non può nulla trasmettere. — Ma cotale espressione, benchè inesatta, rende evidente l'errore di Duranton; avvegnacchè il Codice non dica che la donazione non sarà *trasmessa*, ma *non trasmissibile*, il che importa che non solo non sarà di pieno dritto *estesa* ai figli, *fatta* per essi, ma che *non potrà estendersi* ai figli, *farsi* per essi.

Quest' articolo del resto dimostra quel che dicemmo sotto l'art. 959 (884), numero I, cioè, che le donazioni che gli sposi si fanno tra loro, non sono come quelle fatte loro dai terzi, donazioni in contemplazione del matrimonio, e in vantaggio della famiglia che verrà dal matrimonio, ma anzi donazioni in *contempla-*

zione del solo *sposo*, fatte in vantaggio personale di lui, cotalchè sono necessariamente rivocabili per la ingratitudine di lui.

1094 (T).—Quest'articolo non entra nelle donazioni che gli sposi si fanno per contratto di matrimonio; non appartiene quindi alla serie d'idee che qui si svolgono, nè sappiamo perchè i compilatori l'abbian posto qui in mezzo. Esso tratta della porzione disponibile fra conjugi (come lo articolo 1048 (1003) che ne è conseguenza) ed è comune tanto alle donazioni che si fanno gli sposi o per contratto di matrimonio, o durante il matrimonio, quanto anche alle liberalità che essi si farebbero per testamento. Questo testo sarà dunque collocato immediatamente dopo l'art. 1098 (1052) nel nostro terzo paragrafo.

1095 (1049).—Il minore non potrà per contratto di matrimonio donare all'altro sposo tanto per donazione semplice, quanto per donazione reciproca, se non con l'approvazione ed assistenza di coloro, il cui consenso è richiesto per render valide le sue nozze: con tal consenso potrà donare tutto ciò che la legge permette allo sposo maggiore di donare all'altro conjuge.

325. Vuole i mezzi chi vuole il fine. Bisognava adunque permettere al minore cui era lecito ammogliarsi, ch'egli facesse quelle donazioni, convenzioni e clausole che debbono costituire il suo contratto di matrimonio, senza di che per lo più non si recherebbe in atto la progettata unione. Ciò vien fatta dal Codice nel presente, e negli art. 1309 e 1398 (1263 e 1352). Secondo i quali articoli (che dicono tutti e tre quel che da solo dice l'art. 1398 (1352)) il minore può validamente consentire nel contratto di matrimonio tutto quello che farebbe un maggiore; purchè egli sia provveduto all'uopo del consenso che gli è necessario per lo stesso matrimonio.

326. Si badi, che qui il minore non può come negli atti ordinari essere rappresentato dal suo tutore, o assistito dal curatore; la capacità di lui è speciale in questo caso, ed è tale per il contratto, quale per lo stesso matrimonio. Il minore contrae da se il matrimonio; dunque da se fermerà le clausole e condizioni pecuniarie, senza che altri mai lo rappresenti. Se non che gli è mestieri per ammogliarsi del consenso di queste o quelle persone (art. 148, 149, 150, 158, 159 e 60 (163, 164, 172, 173, 174)); per fare dunque il contratto, egli ha bisogno di tal consenso.

Così, supponiamo una fanciulla di 15 anni, che altri ascendenti non abbia se non che un'avola, e sia sotto la tutela di una zia, ella ha bisogno per maritarsi del consenso dell'ava (art. 150 (164)); non dovendo neppur consultare il tutore nè il consiglio di famiglia; potrà quindi col semplice consenso di lei per tutte le donazioni, e convenzioni che potrebbe un maggiore. In breve, il minore è capace a consentire il contratto, come è ad ammogliarsi: si permettono a lui i mezzi sotto le condizioni che gli permettono il fine: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

§ 2. — *Donazioni fatte tra gli sposi durante il matrimonio.*

1096 (1050). — Qualunque donazione fra conjugi, durante il matrimonio, quantunque si qualifichi per donazione fra vivi, potrà sempre rivocarsi. — La rivocazione potrà farsi dalla moglie, senza esservi autorizzata dal marito o dal giudice.

Tali donazioni non si rivocano per la sopravvegnenza dei figli.

SOMMARIO

I. Donazioni fra gli sposi. *Elle son sempre donazioni fra vivi: conseguenze. Dissenso con Duranton ed altri scrittori.*

II. Pari donazioni possono farsi in tutte le circostanze indicate nel precedente articolo, tranne che non possono mai estendersi ai

figli non concepiti.
III. Son caduche per la premorienza del donatario.
IV. Son rivocabili per cagione d'ingratitudine, d'inadempimento, e dippiù per la semplice volontà del gravato. Questa ultima causa di revoca sortisce il suo effetto secondo le regole stanziate per la revoca del testamento: dissenso con Coin-Delisle.

I. — 327. Le donazioni che si fanno i coniugi durante il matrimonio, quando sono già sposi, e che specialmente chiamansi perciò *donazioni fra sposi*, sono dal Codice trattate con una ristucchevole brevità; e tutte le difficoltà che intorno ad esse insorgono, si potranno solo risolvere da noi coi principî, analogie, e ravvicinamenti trovati all'infuori del testo.

Le donazioni *fra gli sposi*, alla qual parola diamo il senso speciale da noi indicato, si ravvicinano alle disposizioni per testamento, perchè come quelle sono essenzialmente rivocabili dal disponente fino alla sua morte. Ma son sempre oggi donazioni fra vivi, poichè, secondo l'articolo **893 (813)**, è una disposizione fra vivi quella che non è un testamento.

328. E cotal disposizione, essendo una donazione fra vivi, è dunque soggetta a quelle regole generali relative alle donazioni, a cui per essa non si è specialmente derogato. Così non può farsi che per atto notarile di cui resta minuta (art. **931** (855)); — non può esser valida che mercè la espressa accettazione (art. **932** (856)), perchè l'articolo **1087 (1042)** ne dispensa solo le donazioni fatte per contratto di matrimonio; — non potrà mai farsi, per quanto poco ne sia il valore, da uno sposo minore di oltre ai sedici anni (art. **904** (820)) sebbene egli potesse far testamento (*ibid.*); — non potrebbe ridursi alla morte del disponente, che esauriti tutti i legati, e alla sua data (art. **923** (840)), e noi abbiamo abbastanza confutato la contraria dottrina di Duranton, sotto l'art. **923** (840), n. I; — nè sarebbe annullata, non ostante pure il contrario avviso di Duranton (XI, 776) per la morte civile del disponente, poichè l'art. 25 (T) toglie per tal causa l'effetto del testamento; — sarà soggetta se sia di beni presenti, alla necessaria formalità dello stato estimativo pei mobili (art. **948** (872)) e della trascrizione per gl'immobili (art. **939** (863)).

Invero non dee dirsi col più degli scrittori (Grenier, n. 456; Duranton, VIII, 509, ecc.) che l'essere l'atto rivocabile renda inutili lo stato, e la trascrizione. Lo stato sarà necessario, affinchè il donante possa riavere, revocandosi la donazione, tutti i mobili di cui si era spossessato. La trascrizione, egli è vero, è qui senza oggetto contro i terzi in pro dei quali il donante avesse alienato, o ipotecato gl'immobili già donati, perchè il fatto dell'alienazione costituirebbe una revoca, e la concessione d'ipoteca (fatta da chi avesse conservato il dritto di validamente alienare) darebbe efficacemente al creditore il dritto di far vendere la cosa; ma tal trascrizione sarebbe sempre utile rispetto ai creditori, che dopo la donazione potrebbero acquistare ipoteca senza il concorso della volontà del donante (una ipoteca giudiziale).

II. — 329. Gli sposi possono farsi durante il matrimonio quelle varie specie di donazioni prevedute dal precedente capitolo. La prova ne è nei cinque art. **943-947 (867-871)** nei quali la legge proibita la donazione di beni futuri, o con riserva di disporne altrimenti più innanzi, o a condizione di pagare altri debiti che non sieno i presenti, e in generale qualunque donazione sotto condizioni che dipendano dalla volontà del donante; dichiara in fine che tal divieto non si estende alle donazioni di cui trattano i capitoli VIII e IX.

D'altronde è chiaro, che la donazione così fatta al coniuge, non potrà mai estendersi in caso di premorienza ai figli non per anche concepiti; non essendo ciò permesso, nemmeno per le donazioni fatte durante il matrimonio (art. **1093 (1048)**). Governa sempre il divieto generale dello art. **906 (822)**; e quando pure la liberalità sia di beni futuri, o di beni presenti e futuri, non può farsi che a chi sia ora esistente.

III. — 330. Ma sembra a noi punto

molto delicato il conoscere se la donazione fra coniugi che concerna beni presenti, diventi caduca per la premorienza del donatario. Non parliamo della donazione di beni futuri o di beni presenti e futuri. Siccome la premorienza rende questa caduca, quando pure sia fatta ai coniugi da terzi (art. 1089 (1044)) o dai coniugi reciprocamente nel contratto di matrimonio (art. 1093 (1048)), così non potrà avere maggiore energia qui, in cui è sempre revocabile, e la caducità dichiarata nei due primi casi si applica con più ragione al terzo. Ma per quanto spetta alle donazioni di beni presenti, la quistione riesce più difficile, sendo muta la legge.

Tutti gli scrittori indistintamente ammettono la caducità (1); ma siccome i più, fanno della donazione fra gli sposi una donazione per causa di morte, mentre noi siam costretti a riconoscere in faccia all' art. 893 (813) che dessa è una donazione fra vivi, la loro soluzione non sarebbe per noi di gran peso. D' altra banda, due decisioni, delle quali una della cassazione, statuirono (2) non doversi ammettere la caducità. Si può dire infatti che per la donazione di beni presenti, investendosi immediatamente, il donatario, questi, in qualunque tempo muoia, sarà sempre proprietario, e trasmetterà i beni ai suoi eredi.

Noi opiniamo non esser questo il pensiero del legislatore. Già tempo la donazione fra coniugi durante il matrimonio era vietata nei paesi consuetudinari, e permessa in quelli di dritto scritto, sotto la condizione che il donatario sopravvivesse; or il Codice, che la permette senza molto spiegarsi, non ha egli voluto naturalmente continuarla quale sempre era stata? Se avesse in ciò voluto mutare il dritto precedente, non lo avrebbe spiegato, o nel testo dell'articolo o nei lavori preparatori? L'art. 1092 (1047) riproducendo i principî del nostro antico dritto consuetudinario, ha dichiarato positivamente, per la diversità dei principî del dritto scritto, che la donazione di beni presenti fra coniugi per contratto di matrimonio, non reputerebbesi sotto la condizione della sopravvivenza; tal natura pura e semplice della donazione, che sembrava abbastanza risultare dalle regole generali, è stata dal Codice espressamente manifestata, essendovi stato un sistema contrario a quello più razionale che si voleva adottare. Ma se è così, se il legislatore ha dovuto spiegarsi, onde respingere la condizione di sopravvivenza in un caso in cui venia rigettato dalle nostre consuetudini, e in cui trattavasi di una donazione irrevocabile, come avrebbe taciuto per allontanarla in un caso in cui veniva ammessa dall'antico dritto, e in cui la donazione è dichiarata revocabile a guisa di un legato? Non sarebbe stata necessaria una spiegazione sul proposito più nel secondo, che nel primo articolo? Non è evidente, che tale spiegazione sia divenuta specialmente indispensabile nell'art. 1096 (1050) dopo quella posta nello art. 1092 (1047)? Non è infine evidente che il contrasto dei due articoli mena a riconoscere, che nel nostro esiste continua la condizione di sopravvivenza del donatario per un argomento non solo *a contrario*, come ha detto la Corte di Limoges, ma che per cagion delle circostanze diventa *a fortiori*? Riconosciamo quindi insieme con tutti gli scrittori, che la donazione fra coniugi durante il matrimonio sarà sempre caduca per la premorienza del donatario.

IV.—331. Le donazioni fra coniugi, rivocabili sempre per la semplice volontà del disponente, tali pur sono per cagion di ingratitudine del donatario, o per lo inadempimento delle condizioni (articolo 975 (901)). Si comprende che coteste due ultime cause di revoca saranno d'ordinario inutili rispetto al donante, perchè essendo libero sempre di revocare a suo libito,

(1) Pothier (*C. de mar.*, n. 593); Toullier (V-918); Grenier (n. 454); Delvincourt, Guilhon (numero 1026); Vazeille (n. 9); Duranton (IX-777); Dalloz (cap. 12, sez. 2, art. 1); R. de Villargues (v. *Don. entre ép.*, n. 32); Championnière e Rigaud (IV-2089); Coin-Delisle (n. 6).

(2) Limoges, 1° febbr. 1840; Cassaz., 18 giugno 1845 (Dev., 40, 2, 241; 45, 1, 638).

non ha bisogno di questa causa legale di revoca ; ma sarebbero utili per gli eredi di lui, ed anche per lui medesimo, se la interdizione, almeno legalmente parlando, gli ritogliesse la propria volontà.

Il Codice non dice in qual modo potrà avvenire la revoca per semplice volontà del donante ; il più degli scrittori da tal silenzio inferiscono , che si dovranno qui applicare le regole stabilite per la revoca dei testamenti (art. 1035 e 1038 (990 e 993)). Ma Coin-Delisle (num. 15), non si accosta a cotal sentenza. Il sapere se deesi riconoscere in questa o quella circostanza una revoca espressa o tacita della donazione, non potrà esser mai secondo lui che un punto di fatto , una quistione intenzionale che sarebbe sempre sovranamente giudicata dalle Corti di appello. Senza fallo, egli dice, sarà ben naturale che i giudici abbiano in tal caso per guida il sistema degli art. 1035, 1038 (990, 993); ma poichè la legge non ve li rimanda , non saranno mai tenuti di conformarvisi rigorosamente.

Se una decisione, ad esempio, ammettesse come efficace la regola contenuta in una scrittura privata, come mai potrebbe venir cassa dalla Corte Suprema? Qual legge sarebbe stata violata dalla decisione? Noi seguiamo una sentenza ben diversa da quella del nostro dotto collega. I tribunali debbono osservare non solo il testo della legge , ma ben anco la sua mente. Non ci sembra che si possa ammettere, che il legislatore abbia voluto lasciare all'arbitrio dei giudici la revoca delle donazioni, quando con tanta cura è stata prescritta la revoca dei testamenti. Non v'ha cosa che sia più essenzialmente revocabile di un testamento; e non può pertanto ammettersi che una donazione fra vivi , un atto che abbia immediatamente investito il beneficiato , e conferitogli la proprietà dei beni , possa più facilmente revocarsi dello stesso testamento.

Dire che tutte le circostanze diverse da questa e quella, non potranno rivocare un semplice testamento, vale il medesimo che dire, se non *a fortiori*, almeno *a pari*, che elle non potrebbero rivocare una donazione. Rigettando adunque la opinione di Coin-Delisle, adottiamo la dottrina comune degli scrittori.

332. Conchiudiamo con osservare, che tali donazioni, appunto perchè son rivocabili sempre a libito del disponente , non sono mai rivocate di pieno dritto per sopravvenienza di figli.

1097 (1051). — I conjugi durante il matrimonio. non potranno nè con atto tra vivi, nè con testamento, farsi alcuna donazione scambievole e reciproca con un solo e medesimo atto.

333. La ragione , che per la legge fa che la revocabilità dei testamenti sia incompatibile con un testamento congiuntivo di più persone in un solo atto (ragione da noi spiegata sotto l' art. 968 (893)) dovea anche escludere le donazioni congiuntive fra coniugi, essendo elle parimente revocabili. Conseguentemente, il nostro articolo dichiara che i coniugi non potranno mai farsi vicendevoli liberalità in un solo e medesimo atto , nè per donazione , nè per testamento.

Nei primi tempi del Codice si era pensato , che la nullità pronunziata dal nostro articolo si applicasse pure al caso in cui due coniugi avessero fatto le loro reciproche disposizioni con due atti separati, se fossero stati ricevuti dallo stesso notaro , l' un dopo l' altro immediatamente (Delaporte, decisione di Rennes , 15 termidoro anno XV). Era questo un manifesto errore , le cause di nullità non possono estendersi; non può quindi invocarsi il nostro articolo , quando le disposizioni sieno state fatte con atti separati.

Dippiù, la decisione di Rennes è stata cassa ai 25 luglio 1807, e tutti gli scrittori han rigettato la dottrina di Delaporte.

§ 3. — *Della quota disponibile fra conjugi.*

1094 (T). — Lo sposo sia nel contratto di matrimonio, sia durante il matrimonio, potrà nel caso in cui non lasciasse nè figli, nè discendenti da questi, disporre in favore dell' altro conjuge della proprietà di tutto ciò di cui potrebbe disporre in favore di un estraneo, e potrà pure lasciare l'usufrutto delle totalità di quella porzione di cui la legge proibisce disporre in pregiudizio degli eredi.

E nel caso in cui il conjuge donante lascia figli o discendenti da essi, potrà donare all' altro conjuge, o una quarta parte dei suoi beni in proprietà, ed una quarta in usufrutto, o la metà di tutti i suoi beni soltanto in usufrutto.

SOMMARIO

I. *Il coniuge in concorrenza di figli non può ricevere oltre ciò che è stabilito dal secondo paragrafo della articolo; l' articolo 913 (829) non è applicabile a lui. Censura della contraria dottrina di Benech, Demante, Duranton, Valette e Aubry.*
II. *Significato delle parole*, o la metà in usufrutto. *Non ostante l' articolo 917 (833) permetterebbero esse di ridursi a questa metà la disposizione di usufrutto che eccedesse tal limite?*
III. Quid, *se il coniuge avesse dichiarato di donare ciò che la legge gli permette ; ovvero se avesse riprodotto l'alternativa indicata dal nostro paragrafo, senza dire di chi fosse la scelta.*
IV. *Il coniuge, disponendo di tutto l' usufrutto che egli può dare , non può dispensare per lo intero che l' altro coniuge desse cauzione.*
V. *Rimando all'art* 1100 (1054) *per la combinazione del disponibile speciale ai coniugi con quello ordinario.*

I. — 334. Gli articoli 913, 816 (829, 735) nel regolare generalmente la quota disponibile ci han detto: 1° che il disponibile abbraccerebbe tutti i beni, se il disponente non lasciasse nè discendenti, nè ascendenti; 2° la metà, quando vi fossero ascendenti nelle due linee, e il quarto, se ve ne fossero in una sola ; 3° infine, la metà in concorrenza di un figlio, un terzo in concorrenza di due, e un quarto se fossero più. Or il nostro articolo ci vien dicendo, che fra coniugi il disponibile comprenderà : 1° se non si lascino figli alla morte, quel che si potrebbe donare a tutti gli altri, e dippiù l'usufrutto di quel che non si potrebbe donare (§ 1); 2° essendovi figli, un quarto di beni in piena proprietà, un altro quarto in usufrutto, ovvero una metà in usufrutto (§ 2).

Questa nuova regola non porgerebbe alcun dubbio nella sua prima parte. Se il coniuge non lascia nè figli, e neanco ascendenti, avrà potuto donare tutti i beni al suo coniuge; lasciando ascendenti o in una, o in ambe le linee, avrà potuto donare i tre quarti nel primo caso, la metà nell'altro, e dippiù l' usufrutto dell' altro quarto dell'altra metà.

335. Ma non è così semplice l' altra parte dell'articolo, essendo controverso se la quota determinata dal nostro secondo paragrafo, sia la sola che il coniuge possa donare, ovvero se sia messa a partito del coniuge questa quota, ovvero l'altra ordinaria dell'art. 915 (831). Dalla regola di questo paragrafo viene stabilita una quota *invariabile* fra coniugi, maggiore di quella dell' art. 913 (829) se vi saranno tre o più figli, minore, se ve ne sarà uno o due; ovvero vien data una semplice facoltà, un favore, di cui potrà usare volendo il coniuge donante, ma che può sempre abbandonare, se stima meglio rimanere nel dritto comune.

A prima veduta sembra che i due articoli 1094 e 1098 (T e 1052) ordinino per le donazioni fra coniugi un sistema completo, e affatto indipendente dalle re-

gole stabilite dagli art. 913-916 (829-852). Infatti gli art. 1094 e 1098 (T e 1052) prevedono tutte le possibili posizioni, o che il coniuge donante muoja senza figli, con, o senza ascendenti (1094, § 1 (T)) o lasci figli venuti dal matrimonio insieme col coniuge donatario (1094, § 2 (T)), o infine lasci figli di un precedente matrimonio, dopo lo scioglimento del quale abbia disposto in vantaggio di un novello coniuge (1098 (1052)); in tutti i casi vi ha una regola speziale nel capitolo IX del titolo *delle Donazioni*, senza che si debbano allegare regole del capitolo III. — Dippiù, fino in questi ultimi tempi, tutti gli scrittori indistintamente, da Toullier e Grenier, fino a Vazeille e Coin-Delisle, hanno insegnato, trattarsi qui di una quota disponibile, indipendente da quella ordinaria, e non poter quindi i coniugi donarsi mai oltre a ciò che viene stabilito dal secondo paragrafo del nostro art. 1094 (T).

Questa dottrina non ci sembrava neanco controvertibile, quando Benèch, dotto professore di Tolosa, in un intero volume, in cui spiega il nostro solo articolo 1094 (T), si è fatto a svolgere il contrario sistema, con molta abilità, degna, secondo noi, di una causa più bella; e Valètte in un articolo pubblicato dal giornale *le Droit* ha abbracciato del tutto il sistema del suo collega di Tolosa. Quest'ultimo ci fa assapere ancora che il sistema di Benèch, professato già alla scuola di Parigi da Demante, è stato pure seguito da Duranton, e che egli è abilitato a pubblicare che il dotto autore *del Corso di dritto francese* disapprova la opposta dottrina che egli ha insegnato da oltre a vent'anni. D'altra banda, la dottrina di Benèch è stata ammessa da Zachariæ (*Manuale*, IV, pag. 268; *Corso*, V, pag. 205) e Aubry, uno degli annotatori di quest'ultimo, ha mandato la sua adesione a Benèch, dichiarando, che gli sembra *da non potersi sostenere* la contraria sentenza. Or, non ostante i nomi autorevoli, e degni di commendazione, di Benèch, Demante, Duranton, Valètte, Aubry e Zachariæ, noi siamo più che mai convinti che essi vanno errati, e quel che è più, ci spiace che Valètte nel suo articolo degli 11 marzo 1840 non abbia notato la censura fattane da noi or fa due anni, e che Valimesnil *nel Droit* dei 24 luglio 1845 aveva detto vittoriosa; e tuttochè la nostra sentenza sia dichiarata *da non potersi sostenere*, noi la *sosteniamo* ancora, dimostrando colla maggiore evidenza l'errore dei nostri onorevoli contraddittori.

336. Gli argomenti di Benèch son cavati 1° dalla *filosofia del dritto* (pag. 159 e 164); 2° dai testi del Codice (pag. 106 117); 3° dai lavori preparatorî degli articoli relativi alla quota disponibile (pagina 117-159). Esaminiamoli uno ad uno successivamente.

1° E primieramente, il dotto professore crede inammissibile che il legislatore abbia potuto vietare che si doni ad un coniuge quanto ad un estraneo; essendo anzi tal qualità una ragione perchè gli si possa dare dippiù. — Si era anticipatamente risposto a tale obiezione, con dire, che le liberalità notevoli son più a temersi, e si faranno più facilmente in vantaggio di un coninge, che dello estraneo. Così un figlio naturale che certamente ha maggiori diritti ai beni che un estraneo (e che infatti è uno di quelli che vi succedono *ab intestato*) non può ricevere ciò che si potrebbe donare allo estraneo, perchè il suo autore avrebbe la maggiore inclinazione di fargli grandi liberalità. Un padre non darà ad un estraneo la metà delle sue sostanze, se gravi ragioni non lo muovano a punire il suo figliuolo; mentrechè se la legge non vi si opponesse, egli facilmente la darebbe alla madre del figlio. Similmente, secondo questo savissimo principio, chi contrae seconde nozze non può mai donar più del quarto al suo novello coniuge, quando pure potesse donare allo estraneo un terzo, od una metà. *Lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* (1).

(1) I compilatori del Codice a differenza degli onorevoli avversari a cui rispondiamo, erano uomini di pratica. Or nella pratica si scorge con meraviglia, come gli sposi tendano molto a do-

Ma, dice Benèch (pag. 147), non è esatta la spiegazione dell'art. 1094 (T), potendo *alle volte* il coniuge ricevere più degli altri. Se fosse vero il motivo, dato da voi all' art. 1094 (T), avrebbe il Codice impedito che il coniuge ricevesse *mai* quanto lo estraneo. — Lo errore qui è palpabile. Il Codice ha protetto i figli dalla tendenza di donare al coniuge, non già per *ogni sorta* di liberalità, ma per quelle *di gran momento*. Vietare le liberalità di un terzo, o di una metà, che non vietate sarebbero state molto frequenti, fu saggio consiglio; ma si sarebbe spinta molto in là, e fatta cattiva una bella regola, proibendo in generale che si donasse al coniuge, altrettanto, ed anche più che ad un estraneo. Il mio coniuge può esser povero, ed a me non poteva vietarsi di lasciargli tanto che gli bastasse a vivere dopo la mia morte, come era vissuto durante la mia unione. Eccovi il perchè la legge mi faculta a legargli morendo oltre un quarto di nuda proprietà, la metà dell'usufrutto dei miei beni, quando pure questa quota fosse maggiore di quella che io possa donare allo estraneo. E siccome il coniuge avrà sempre gli stessi bisogni o con uno, o con due, tre, o più figli, così comprendesi di leggieri che il Codice ha qui stabilito un disponibile invariabile, e indipendente dal numero dei figli. Adunque questa regola, anzicchè *assurda*, come pretende Benèch (pag. 162), è invece molto logica.

2° L' argomento cavato dai testi si restringe a ciò: l'art. 902 (818) dichiara, che qualunque persona può donare o ricevere, se non sia dichiarata incapace dalla legge. D'altra mano, dice l'art. 913 (829) che le liberalità non potranno sorpassare la metà, il terzo, o il quarto dei beni, secondo che il disponente lasci uno, due, o più figli; dunque i coniugi saran capaci di donarsi in tali proporzioni, se non vi ha alcun testo, che ne li dichiari incapaci. Il testo manca, avvegnachè il nostro articolo 1094 (T) a differenza degli articoli 913 e 1098 (829 e 1052), non dice che il coniuge *non potrà donare che*, ma solamente, *potrà donare*; gli è facultativo, e non proibitivo. — Noi non comprendiamo la forza di tale argomento, concludentissimo secondo Valètte. Potremmo dapprima dire, che nella quistione non entra l'art. 902 (818) il quale si occupa della capacità delle persone, mentre qui parliamo della disponibilità dei beni, e quindi di statuti reali, siccome noi abbiamo spiegato sopra l'art. 3 (5). Ma del resto l'argomento non risolve pienamente la quistione, anzi questa sorge dal fatto stesso in cui esso si fonda; perocchè la quistione sorge unicamente dal dirsi nel nostro articolo *potrà donare*. Se l'articolo dicesse: «*il coniuge non potrà donare che*» non vi potrebbe essere più quistione. La argomento dunque lascia le cose quali erano; e bisogna indagare se il legislatore nello indicarci ciò che il coniuge *potrà*

nare l'uno all'altro, e poco a donare ai loro figli. I coniugi sono troppo inclinati, anche prima di conoscere qual sia la quota disponibile fra loro, ad assicurare reciprocamente a quel che sopravvive, tutto ciò che la legge faculta di donare; talmente che, se fosse loro permesso, essi si donerebbero la totalità dei loro beni. Qual parsimonia al contrario verso i figli! In quasi tutti i contratti di matrimonio si dice, dando una dote (per quanto tenue si fosse), che essa è data non pel padre e la madre insieme, non per chi dei due sia dell' altro più ricco, ma per quel coniuge che non si conosce, nè sarà noto che appresso, cioè per quello che morirà il primo, affinchè la dote sia presa, per intero sulla sua eredità, e il superstite non abbia a conferir nulla (V. articolo 1439 (T), numero III). Quante cautele contro i figli in vantaggio del coniuge!

E in faccia a tali fatti si lamenta che il legislatore restringa entro giusti confini il disponibile fra i coniugi in concorrenza di figli! — Ma invero lo sposo superstite adunque, essendovi pur figli, è desso tanto infelice; e non è molto per lui il potere riunire al suo proprio patrimonio (che egli intatto conserva colla imputazione delle doti sulla eredità di quello che premuore) il godimento per tutta la sua vita, della metà dei beni dell' altro, oltre ad un quarto di proprietà? — Quando il padre che insieme colla moglie ha acquistato un patrimonio di 15,000 fr. di rendite, muore lasciando due figli, e dona alla moglie ciò che gli è permesso dall' art. 1094 (T), non è molto per la vedova *sola* e *senza obblighi*, il conservare una rendita annuale di 9.000 fr., quando ciascuno dei due figli *che spesso ha sulle spalle una giovine famiglia*, ne avrà solo 500?

donare, non abbia voluto significare *tutto* ciò che potrà donare.

Gli argomenti tratti dallo spirito della legge, e curati dai lavori preparatorî del Codice, sono pertanto i soli che debbono solvere la quistione; vedremo se si può accettare il modo di soluzione dato da Benèch, Valette ed altri.

337. 3° Benèch traendo prima argomento dalle relazioni fra il nostro articolo **1094** (T), e i testi che prescrivono il disponibile ordinario, fa osservare che lo art. **1094** (T) è stato sempre lo stesso, e trovasi nel Codice quale era stato nei varî progetti succedutisi dopo quello Jacqueminot; mentre le regole degl'art. **913**, **916** (**829**, **832**) diventarono quali oggi si leggono dopo varî mutamenti della regola primitiva formulata dall'art. **16** dello stesso progetto Jacqueminot.

Ciò è vero. La regola del nostro articolo non è stata mai modificata, neanco nei termini, tranne la lievissima mutazione del *potrà* nel *può*. Al contrario il sistema degli art. **913**, **916** (**829**, **832**) era in principio ben diverso da quello d'oggi. Nel primo sistema il disponibile era: 1° del quarto dei beni se il disponente lasciasse figli, senza riguardo al loro numero; 2° della metà, se lasciasse ascendenti, fratelli o sorelle, o discendenti di fratelli o sorelle; 3° di tre quarti, se lasciasse zii, prozii, o cugini germani; 4° infine della totalità, mancando i parenti sopra indicati (Fenét. tom. 1, pag. 360, art. 16).—Il disponibile, come ben si scorge, essendovi figli o altri discendenti, era invariabilmente del quarto, mentre oggidì varia secondo il numero dei figli esistenti (o rappresentati da altri discendenti) o del quarto o del terzo, o della metà; era poi data una riserva, non solo agli ascendenti, ma anche a moltissimi collaterali. Adunque nel progetto del sistema che venne appresso modificato, cioè negli art. **16** e **151** (divenuti gli art. **913**, **916** e **1094** del Codice (**829**, **832** e T) esisteva una armonia perfetta, la più semplice relazione per cui chiaramente spiegasi il modo onde fu il nostro articolo compilato. Infatti, dichiarava l'art. **16** che in mancanza di discendenti era dovuta la riserva agli ascendenti, e a molti collaterali; e il primo paragrafo del nostro articolo diceva che in tal caso il coniuge poteva donare all'altro, ciò che potrebbe donare ad altri, e dippiù l'usufrutto della porzione riservata *agli eredi*; la quale espressione, se molto vaga è oggi, non potendo applicarsi che agli ascendenti, era allora ben propria, comprendendo cogli ascendenti, multi collaterali. Il secondo paragrafo era semplicissimo: diceva l'art. **16** che essendovi discendenti, il disponibile era sempre di un quarto; e il nostro paragrafo dichiarava che il coniuge in tal caso potrebbe donare questo stesso quarto, oltre un quarto di usufrutto; e siccome l'art. **17** (relativo alle disposizioni fatte soltanto in usufrutto), permetteva solo che si donasse in usufrutto ciò che si poteva donare in proprietà, permettevasi dal nostro articolo, che si donasse fra coniugi questo stesso quarto di usufrutto, dippiù un altro quarto, cioè l'usufrutto della metà dei beni.

Il nostro articolo restringevasi a dire che il disponibile sarebbe per un coniuge, nè più nè meno lo stesso che per qualunque altro, tranne che vi si potrebbe aggiungere l'usufrutto. Esso dunque cresceva il disponibile ordinario del coniuge; e perciò non avea detto: « il coniuge *non potrà* » il che sarebbe stato il medesimo che restringere, e non già estendere come in fatti si voleva.

Da ciò muove Benèch, e l'argomento che egli fa è il più forte fra tutti, il solo veramente specioso. Dacchè i compilatori del Codice, egli dice, dettarono l'articolo **1094** (T) per estendere in vantaggio dei coniugi il disponibile ordinario, dacchè vollero che il coniuge potesse sempre ottenere più dello estraneo; han dunque voluto che il coniuge si avvantaggiasse degli aumenti che essi recarono più innanzi al disponibile ordinario. Essi qui accordano a lui un quarto in proprietà, oltre un quarto in usufrutto per tutti i casi che possano avvenire, cioè, quand'anche lo estraneo non potesse a-

vere che il quarto in proprietà, essi sottintendono forzatamente, che egli potrà pure ricevere il terzo, o la metà in proprietà, nel caso in cui si può donarli allo estraneo.

Lasciando che questa conclusione sia smentita *dagli stessi fatti*, mostriamo il vizio dell'argomento d'onde si è cavata.

Il vizio sta nella prima proposizione, nella maggiore del sillogismo. Egli è evidente, si dice, dal paragone degli articoli 16 e 151 del progetto Jacqueminot, che al coniuge si voleva donare più che agli estranei. La proposizione è vera in un senso, falsa in quello che le dà Benèch. Si voleva donare al coniuge più di quello *che si donava al presente agli estranei*; ma non già più di quello che potrebbe essere accordato agli estranei per tutti i posteriori mutamenti. Quando non si donava invariabilmente agli estranei che un quarto di piena proprietà, si diceva essere un quarto insufficiente per un coniuge; un coniuge povero potere aver bisogno d'una liberalità maggiore, e bisognava aggiungere per lui un quarto d'usufrutto al quarto di piena proprietà; ma non si diceva, nè v'era ragione di dire, che il quarto in piena proprietà, oltre un quarto in usufrutto, dovrebbe essere aumentato, se in alcuni casi si fosse cresciuto il disponibile stabilito per gli estranei. Non si diceva, parlando assolutamente, e per tutti i casi che potessero avvenire; « bisogna che un coniuge abbia più che un estraneo; ma semplicemente e in un senso relativo affatto alla quota dianzi stabilita: bisogna che un coniuge abbia *più del quarto* assegnato al presente agli estranei ». E prova di ciò è il modo stesso onde fu il nostro paragrafo compilato; avvegnachè se i compilatori avessero voluto quel che oggi si vuole, avrebbero certamente detto nel secondo, non che nel primo paragrafo, che il coniuge avrebbe ciò *che si potrebbe donare ad un estraneo*, oltre un quarto di usufrutto; ma al contrario, si è voluto qui stabilire in modo assoluto e indipendente (e senza riferirsi alla quota ordinaria, come nel primo paragrafo) la cifra che riguarda i coniugi: cioè un quarto in proprietà, ed un quarto in usufrutto. Si avverta che se i compilatori avessero diversamente da noi pensato, essi non avrebbero pur fatto due paragrafi nell'articolo, ma detto in una sola frase: « il coniuge può donare al suo coniuge, tutto ciò che può ad un estraneo, ed inoltre lasciando discendenti, un quarto di usufrutto; non lasciandone, tutto l'usufrutto della porzione disponibile ».

337 *bis*. Benech adduce per nuovo argomento una osservazione che faceva Berlier al Consiglio di Stato nel tempo della discussione dell'art. 1098 (1052). Questo articolo, indicando qual sia la frazione di cui può disporre lo sposo, che già abbia figli di un primo letto, in vantaggio del nuovo coniuge, accordava sulle prime una parte di figlio legittimo prendente il meno *in usufrutto soltanto*. Cambacérès propose permettersi la disposizione della parte in piena proprietà. Berlier riconoscendo ragionevole tal proposta, faceva osservare che conveniva temperare la regola. « Perocchè, diceva, se essendovi un solo figlio o due del primo matrimonio, e niuno essendovene del secondo; può il nuovo sposo, dividendo con essi, avere la metà o il terzo della successione ». Quindi propose dirsi che il nuovo sposo non potesse vantaggiare più del quarto della successione. L'articolo fu adottato secondo le riforme del console Cambacérès e di Berlier (Fenet, t. XII, p. 416, 417). — Or dice Benèch, se allorchè fu votato l'articolo 1094 (T), il consiglio non osò concedere al nuovo sposo una parte di figlio assolutamente e senza restrizione, perchè così potevasi in certi casi fargli avere il terzo o la metà dei beni, dunque esso non vieta agli sposi di donarsi il terzo o la metà... In altro luogo (p. 171-177) Benèch svolge altra volta cosiffatto argomento, appoggiandolo sull'analisi di Maleville, la quale è nient'altro che la esposizione della discussione del Consiglio di Stato. « Fu osservato, così egli dice, che convenisse limitare la facoltà di disporre accordata allo sposo che passa a seconde nozze poi-

chè sarebbe duro che essendovi uno o due figli del primo letto. egli potesse donare al suo secondo coniuge la metà o il terzo dei beni. Quindi fu ridotta al quarto della porzione che in simigliante caso fosse disponibile ». Dunque, soggiunge Benèch, Maleville ben comprende al pari di Berlier nel proporre la sua emenda e del Consiglio intero nell'adottarla, che la disposizione di un terzo o di una metà non era proibita in vantaggio dello sposo.

Valette crede tale argomento concludente, e ripete dopo Benèch che la proposta di Berlier supponeva non essere proibita dall' art. 1094 (T) la disposizione di un terzo o di metà.

Nulladimeno non havvi ragionamento più inesatto..... Certo la proposizione Berlier supponeva la facoltà di disporre d'un terzo o di metà, poichè mirava appunto a toglierla. Ma a chi supponeva che potessero donarsi tali parti? al *secondo conjuge* del matrimonio di cui non vi fossero figli: Diceva Berlier, « se essendovi un figlio o due *del primo matrimonio*, *e ninno del secondo*, IL NOVELLO SPOSO può avere la metà o il terzo ». Anche Maleville affermava che era necessario mettere un limite al dritto di disporre *dello sposo che passasse* A SECONDE *nozze*, essendo duro che esistendo un figlio o due *del primo letto*, potesse donare la metà o il terzo, *al suo secondo coniuge* ». Così la riforma suppone unicamente che l'art. 1094 (T) non vieti la donazione del terzo o della metà al coniuge *di un nuovo letto* nella esistenza di figli *di un letto precedente* (il che è semplicissimo, poichè l'art. 1094 (T) non parla di tal caso, che è regolato dallo articolo 1098 (1052)). La riforma quindi è interamente estranea alla nostra quistione, la quale riguarda solo i figli *comuni* ai due sposi.

Inoltre, le parole di Berlier « Se essendovi *un figlio o due del primo matrimonio*, E NIUNO DEL SECONDO..... » non che supporre la idea da noi combattuta, appalesano la contraria.

Non altrimenti che se non si fosse adottata la riforma di Berlier, il secondo sposo avrebbe avuto la metà se esista un figlio del primo matrimonio, e *nessuna del secondo*, così nel pensiero di Berlièr lo sposo avrebbe il terzo solo quando vi fossero due figli del primo matrimonio, *e ninno ne esistesse del secondo*. Or se il secondo sposo avesse avuto il terzo con due figli, *ambidue del primo matrimonio*, se non l' avesse potuto quando un solo dei figli esistesse del *primo*, e l'altro fosse del *secondo* vale a dire *comune*, è da conchiudere dunque che l'art. 1094 (T) fra sposi che avessero figli comuni negava il terzo, e permetteva solo il quarto!...

Vediamo adesso come sia interpetrato il nostro articolo dal Maleville, il quale al dire di Benèch professa la propria dottrina, e di cui il suffragio è autorevole agli occhi suoi più di quello di tutti gli altri interpetri. — Egli prevede divisamente le tre ipotesi di uno sposo che muoia 1° senza eredi riservatari, 2° con ascendenti, e 3° con discendenti comuni a due sposi. Se non che vuolsi badare se dica, o se solo dia ad intendere che nel terzo caso si può donare ad arbitrio o la quota del nostro articolo, ovvero quella degli articoli 913, 916 (829 M, 832). « Secondo il nostro articolo, egli dice, gli sposi non avendo nè figli, nè ascendenti possono donarsi tutti i loro beni, e ciò è giustissimo — inoltre lo stesso usufrutto della legittima degli ascendenti, oltre della disponibile; e lasciando figli un quarto in proprietà e un quarto in usufrutto, ovvero la metà dell' usufrutto di tutti i beni a loro scelta « (T. II. p. 515).

Benèch copiando questo passo ha scritto per errore (almeno nella 2ª edizione) *nè discendenti*, *nè figli* invece di *nè figli nè ascendenti*. Anche per errore ha messo un punto finale in vece di un semplice punto e virgola, dopo le parole, e ciò *è giustissimo*, il che sembra che il resto della citazione sia unica frase. Forse questo punto finale, il quale manca nel passo di Maleville, gli ha fatto intendere un senso che non è in quelle parole. Gli è certo però, nè è uopo provarlo, poichè la evidenza non si prova, che Maleville nell'ultimo

membro della sua frase, quando parla del caso in disamina (dei figli comuni) non fa neppure motto del preteso dritto di donare la quota disponibile degli art. 913-916 (829-832). Nulladimeno ha creduto presentar qui *il quadro completo* di ciò che è disponibile fra gli sposi nelle tre possibili ipotesi: 1° quando manchino i riservatari, tutti i beni; 2° quando esistano ascendenti, il disponibile ordinario, ed inoltre l'usufrutto della parte non disponibile; 3° finalmente quando esistano discendenti, un quarto di proprietà, ed inoltre un quarto d'usufrutto, o pure la metà in usufrutto.

338. Dopo avere, a creder nostro, rovesciato da cima a fondo il sistema di Benéch, Demante, Valette, ecc. ecc. vediamo se quello contrario posi su salde basi.

Non ci fermiamo punto ad osservare se i due art. 1094 e 1098 (T e 1052 M) contengano la spiegazione intera di ciò che regola tutte le ipotesi del disponibile fra sposi. Ciò basterebbe per escludere la pretesa necessità di rimandare ad altre parti del Codice.

Lasciamo anche l'articolo 1099 (1053) che pure sembraci osteggiare specialmente il sistema contrario. Infatti, la legge posciachè col nostro articolo 1094 (T) determina il disponibile di uno sposo senza figli del primo letto, e con l'articolo 1098 (1052 M) quello dello sposo che abbia figli di un matrimonio precedente, dichiara con lo articolo 1099 (1053) che *gli sposi non potranno donarsi più di quello che loro è stato permesso con le sopraddette disposizioni*». Volere che tali parole *le sopraddette disposizioni* si riferiscano al solo art. 1098 (1052 M) sembraci assai difficile, parlandosi di più disposizioni; come neppure può facilmente credersi che rimandino agli articoli 913, 916 (829, 832) i quali lontani come sono, non possono essere troppo indicati con le parole *sopraddette*. Sembraci dunque certo che le disposizioni di cui è proibito eccedere il disponibile . sono nè più nè meno gli art. 1094 e 1098 (T e 1052 M). Se non che tralasciando anche siffatto argomento, fermiamoci solo ai lavori preparatori in cui troviamo documenti decisivi (indipendentemente dalle parole di Berlier *e ninno del secondo*, le quali confutano sì bene l'opposto sistema).

Dopo che il nostro titolo fu comunicato officiosamente al Tribunato, fu da questo proposto formalmente di mutarsi il nostro secondo paragrafo, e domandato per l'appunto l'ammessione del sistema, che oggi si presenta da Benéch: il Consiglio di Stato rigettò tal proposizione (Fenet. XII, pagina 467) Benéch procura schivare la conseguenza di questo fatto dicendo che il nostro paragrafo avea il senso proposto dal Tribunato, e che si volea solo più chiaramente compilato. La risposta non calza, perocchè il motivo onde la sezione di Legislazione sostenea la sua inchiesta era il seguente : La sezione *opina esser giusto* che uno sposo POSSA DONARE all'altro *quel che potrebbe ad uno estraneo (ibid.)* ». Si vede dunque che proponeva il cangiamento, non già affinchè il dritto che ha lo sposo di donare al *suo* coninge quanto potrebbe ad un estraneo, fosse più nitidamente espresso. ma perchè opinava esser giusto *conferirgli questo dritto* che il progetto non gli dava; questa dimanda fu respinta dal Consiglio di Stato... Similmente dopo che la nostra disposizione fu definitivamente conservata, ed il progetto comunicato officialmente al Tribunato, il rapporto fatto *a nome della sezione che area dimandato il cangiamento* diceva « Se esistano figli del matrimonio, lo sposo NON *può avere* CHE un quarto in proprietà, ed un quarto in usufrutto, o solo la metà in usufrutto ; *se la disposizione eccedesse queste misure* SAREBBE RIDOTTA (1) ». Ciò è troppo chiaro.

Da ultimo la medesima idea è riprodotta nettamente nella esposizione dei motivi, non

(1) Fenet. t. XII, pagina 572-573 e 621; Riom, 8 marzo 1842; Montpellier, 8 febbr. 1843; Rig., 3 dic. 1844 (Dev., 42, 2. 254; 43, 2, 220; 45, 1, 277). — Vedi pure le nostre nuove osservazioni nella REVUE CRITIQUE (cercando nella tavola del tomo II. par. *Quota disponibile fra gli sposi)*.

una ma due volte successivamente. Da prima, dopo aver detto che « lo sposo non lasciando prole, può donare all'altro tutto quel che potrebbe ad un estraneo, ed inoltre l'usufrutto del rimanente », aggiunge che: « se lasci figli le donazioni NON *potranno comprendere* CHE *il quarto dei beni in proprietà*, ecc. ecc. — Un po' più appresso svolgendo queste due idee ci palesa che nella esistenza di soli ascendenti, essendo l'inquietudine e l'affetto di ciascuno sposo maggiore verso quello dei due che sopravviverà, che non verso i parenti i quali debbono succedergli, si seconda l'inclinazione delle affezioni, lasciando allo sposo non solo la libertà di donare al coniuge tutto quel che potrebbe ad un estraneo, ma anche la facoltà di aggiongervi l'usufrutto del rimanente; che è ben altrimenti allorchè lo sposo lasci figli: *quand' anco sia sicuro che l'altro sposo sopravvivente impieghi i beni il più utilmente che si possa per i figli. essendo i doveri della paternità personali, e lo sposo donante confidandoli a un altro li sconoscerebbe*, EGLI *NON* POTRÀ..... LASCIARE ALL'ALTRO *CHE..... la quota determinata in un quarto* dei beni in proprietà, ecc. ecc. si aggiunge a ciò immediatamente: *dopo aver così circoscritto (così* RISTRETTA*) la facoltà di disporre*. non rimaneva più. ecc. (1).

È dunque certo per tutto ciò che si è detto, non essere più quistione se il nostro articolo sia o no *limitativo*.

Il pensiero della legge è interamente certo, l'opinione degli onorevoli professori di Parigi. di Tolosa e di Strasborgo manifestamente inesatta; e ben a ragione le tre decisioni profferite dopo la pubblicazione di Benéch, e la ritrattazione di Duranton hanno giudicato nel senso della maggioranza degli scrittori (2).

II. — 339. Così lo sposo che morendo lascia figli, può donare al suo secondo coniuge che li ha generato, sia nel contratto del suo matrimonio, o per atto fra vivi in costanza di matrimonio, ovvero per testamento, un quarto della proprietà, inoltre un quarto di usufrutto, ovvero una metà in usufrutto, e nulla più.

A prima giunta non si sa ben comprendere questa facoltà, essendo il secondo membro compenetrato e più limitato del primo. Poter donare al mio coniuge un quarto di usufrutto ed un quarto di proprietà, vale il medesimo che potergli donare un quarto di usufrutto, ed un altro quarto di usufrutto ed un quarto di nuda proprietà, in altri termini, una metà in usufrutto, ed un quarto di nuda proprietà; ma se posso donargli metà in usufrutto ed un quarto di nuda proprietà, a che soggiungere metà in usufrutto? La risposta che invano han cercato Delvincourt, Duranton (IX-788) e parecchi altri, si rinviene come abbiam veduto, nei lavori preparatori del Codice. È risaputo che l'art. 17 del progetto Jacqueminot (di cui il nostro 1094 (T) formava lo articolo 151) stabiliva per le disposizioni in usufrutto una quota interamente uguale a quella della stessa proprietà; per modo che quantunque l'usufrutto valga molto meno di questa, essendone uno smembramento, pure chi poteva donare un terzo o un quarto di proprietà, poteva donare solo altrettanto in puro usufrutto. Dunque la regola stabilita per lo sposo era interamente analoga al sistema dell' ordinaria quota disponibile. cotal che lo sposo poteva donare in proprietà *un quarto* (aggiungendovi un quarto d'usufrutto); poteva del pari donare solamente in usufrutto altrettanto (aggiungendovi sempre l' altro quarto. val dire due quarti di usufrutto, ovvero la metà).

Tal regola rispetto alla quota disponibile ordinaria, non fu sanzionata dal Codice, essendovisi sostituita la disposizione dell'articolo 917 (833), con cui si permette al donante la donazione in usufrutto di qualunque valore, salvo a' suoi riservatari il dritto d'impedirne la esecuzione, offrendo in vece di abbandonare la piena proprietà dell'intero disponibile. Se non che questa regola fu conservata quanto agli sposi nel nostro articolo, il quale come abbiam ve-

(1-2) Vedi la nota precedente.

duto nel numero precedente, non è stato riformato da quel che apparve nella sua prima compilazione. Dunque se lo sposo avesse ricevuto dal suo coniuge una liberalità in usufrutto di due terzi, o tre quarti o di qualunque altra frazione maggiore della metà, non potrebbe pretendere che i figli gliela lasciassero intera, o gli abbandonassero un quarto di usufrutto con un quarto di piena proprietà; ma dovrebbe vedersi ridotta la sua donazione o il suo legato di usufrutto, ed attenersi all'usufrutto della metà.

Come è facile supporre siffatta conseguenza non è ammessa da Benéch (pagina 436, 445). Muovendo il dotto professore dal principio di sopra confutato, che lo scopo del nostro articolo 1094 (T) quello è di estendere in vantaggio dello sposo la quota disponibile ordinaria, permettendo per esso ciò che permette per gli estranei, di certo dovea far godere allo sposo donatario del beneficio dell'articolo 917 (833), in ciò egli è conseguente a sè stesso. Ma non è così di R. de Villargues e di Dalloz. Essi mentre qui accostansi all'idea di Benéch, aveano professata una dottrina contraria alla sua intorno alla grande quistione del numero precedente. Del rimanente la contraddizione di codesti due scrittori deriva dall' aver trasandato d'investigare nei lavori preparatorî. Se essi vi si fossero versati, avrebbero osservato che la regola dell'art. 917 (833) non può stare isolatamente, essendo, come sopra è stata ligata nelle sue fasi intimamente con tutto il sistema, ond'è che la dottrina di Benéch, o dee accettarsi per intero, ovvero anchè per lo intero rigettarsi. Or noi ne abbiamo dimostrato l'errore (1).

III. — 340. Se non che quantunque la liberalità fatta al coniuge in solo usufrutto, non possa eccedere la metà dei beni, e debba ridursi a tal misura; pure non se ne può di certo inferire che lo sposo, cui dal suo coniuge sia stato donato indefinitivamente, *quello onde la legge gli permette di disporre*, dovrebbe contentarsi della sola metà in usufrutto, e gli sarebbe disdetto di prendere anche la quarta della nuda proprietà. In vero quelle parole significherebbero: che si dona tutto il disponibile, val dire, tutto ciò che può racchiudere la più larga disposizione. Quindi in tal caso lo sposo donatario prenderà il quarto in piena proprietà, e il quarto in usufrutto. La contraria opinione è evidentemente un errore, che solo Grenier avea professato nelle sue due prime edizioni, ma che ben presto ritrattò per accostarsi alla comune dottrina.

Se lo sposo abbia detto: « dono o lego al mio coniuge un quarto dei miei beni in proprietà, ed un quarto in usufrutto, o la metà di tutti i miei beni in usufrutto » senza chiarire se la scelta debba farsi da' suoi eredi o dal coniuge, non potrebbe decidersi in modo assoluto se la scelta appartenga a' primi, come crede Duranton (IX-791), ovvero al coniuge siccome vuole Vazeille (numero 11). Gli è certo in fatti, come ben osserva Coin-Delisle (n. 11) che è una quistione d'intenzione, un punto di fatto, di maniera che spetterebbe ai tribunali interpretare secondo le circostanze la mente del disponente.

IV. — 341. È quistione dibattuta, se lo sposo dando al suo coniuge tutto l' usufrutto onde sia capace disporre nella esistenza di eredi riservatarî (val dire l'usufrutto della metà de' suoi beni, se sieno figli, e quello dei beni riservati agli ascendenti, se sieno ascendenti), possa validamente dispensarlo di prestare la cauzione dovuta in principio da qualunque usufruttuario (2).

(1) *Conf.* Proudhon (*Usuf.*, n. 346); Levasseur (n. 87); Coin-Delisle (n. 8), Amiens, 15 febbraro 1827; Bourges, 12 marzo 1839; Angers, 8 luglio 1840 (Dev., 39, 2, 273; 40, 2, 391).

(2) *Aff.* Delaporte (art. 1094 (T)), Orléans, 19 dic. 1822; Rouen, 12 giugno 1840; Rig., 17 maggio 1843 (Dev., 43, 1, 481). — *Neg.* Proudhon (*Usuf.*, n. 824); Duranton (IV-811); Dalloz (*Usuf.*, capo I, sez. 3); Zachariæ (II, p. 9); Coin-Delisle (numero 12); Nancy, 21 mag. 1825; Douai, 20 marzo 1833; Parigi, 9 nov. 1836; Rouen, 24 febb. 1842; Douai, 18 marzo 1842 (Dev., 33, 2, 106; 36, 2, 526; 36, 2, 249; 43, 2, 9).

Si dice per la validità, che la cauzione non è dovuta per la stessa natura delle cose, ma solo per ispeciale volontà del legislatore giusta la regola positiva dell'articolo 601 (526), e dacchè essa è formulata pel caso in cui non vi sia dispensa, dicendo: « l'usufruttuario darà cauzione se non ne sia dispensato » il fatto con cui si accorda fa venir meno la regola... Questa interpetrazione ci sembra erronea. Lo articolo non dice: che cessi l'obbligo della cauzione se l'atto contenga una clausola di dispensa, ma che cesserà se l'usufruttuario *sia dispensato* dell'atto. Or i riservatari per l'appunto pretendono che la clausola di dispensa non sia valida, e non produca effetto se legalmente il coniuge *non sia dispensato*. È uopo dunque per evitare un circolo vizioso, abbandonare questo argomento, ed esaminare secondo i principî generali, se la dispensa debba o no produrre effetto. La negativa a nostro credere non è dubbia.

Infatti il dispensare un usufruttuario dal prestare la cauzione, importa esporre la nuda proprietà dei beni a parziale e talvolta intera ruina (specialmente per i mobili, cotalchè riesce evidente) che si possano sottoporre a simigliante eventualità solo i beni, di cui è dato liberamente disporre. Dunque la dispensa di un disponente sarà valida per i beni, di cui la nuda proprietà non faccia parte della legale riserva. Secondo cotesto principio che a noi pare incontrastabile, la dispensa di uno sposo che lasciando figli dia al suo coninge una metà in usufrutto, avrà effetto *per un quarto*, vale a dire per metà della disposizione; poichè nelle mani del disponente *un quarto* di nuda proprietà era disponibile.

Non fa mestieri aggiungere, che se lo erede del disponente fosse figlio del beneficiato, nè maggiore degli anni 18, la cauzione non sarebbe dovuta. Invero allora il coniuge prende l'usufrutto non come donatario, ma come usufruttuario legale, per modo che niente gli cale l'esser nulla la dispensa scritta nella disposizione, trovandone un' altra scritta nella legge. Certo non ne abbisognano due... Se non che se il figlio compia il suo diciottesimo anno, o il coniuge perda in qualunque altro modo il suo usufrutto, l'ulteriore esercizio di esso rientrerà immediatamente sotto la regola da noi indicata.

V. — 342. Più appresso sotto l'articolo 1100 (1054) dopo avere esaurito l'argomento della quota disponibile fra coningi, terremo discorso delle difficoltà che ingeneransi dalla unione di essa con la quota disponibile ordinaria.

1098 (1052 M). — Il marito o la moglie che avendo figli di altro matrimonio, ne contrarrà un secondo od ulteriore, non potrà donare al nuovo sposo che una parte eguale alla minore che sia per pervenire ad uno dei figli legittimi, senza che in verun caso, queste donazioni possono eccedere il quarto dei beni. *

SOMMARIO

I. Origine romana di questa disposizione. Si applica al figlio o discendente unico e da parecchi. Riguarda le donazioni fatte al novello sposo in costanza del novello matrimonio, o per occasione di esso: inesattezza di Toullier.

II. Come si calcola la parte del figlio che prende il meno.

III. Del caso in cui una persona avendo figli si rimariti.

IV. L'eccesso darebbe luogo ad una semplice riduzione. Errore di Coin-Delisle.

V. La riduzione può solo domandarsi dai figli del precedente matrimonio; ma giova agli altri. Dissentimento dagli scrittori.

* Il corrispondente art. 1052 è così concepito: « L'uomo o la donna che, avendo figli di altro matrimonio, ne contragga un secondo o altro ulteriore, non potrà donare al nuovo conjuge più della quota di quel figlio legittimo che prenderà il meno ».

I. — 343. I secondi e susseguenti matrimonî sono stati sempre riguardati, bene a ragione con disfavore, specialmente esistendo figli di un nodo anteriore. Quantunque i nostri diversi legislatori non li abbiano giammai interdetto, anche esistendo figli di un precedente coniuge, non han dubitato attraversarli a fin di proteggere gl'interessi pecuniari dei figli. Due leggi romane (*Feminae, quae... Hac edictali lege...* Cod. l. V, t. IX. 3 e 6) osservate nelle nostre province di dritto scritto, avevano fatto alle vedove con figli le seguenti proibizioni. Vietava la prima la donazione ai loro novelli sposi (ed anco l'alienazione ad ogni altro che non fosse figlio) dei beni derivanti da' loro precedenti coniugi; proibiva l'altra le liberalità agli sposi, più larghe della parte presa dal figlio meno favorito nella loro successione. Un editto del luglio 1560 dovuto al cancelliere *de l'Opital*, conosciuto col nome di *Editto delle seconde nozze*, rese tali regole comuni a tutta la Francia. La prima disposizione non fu richiamata in vigore dal Codice; ma il nostro articolo riproduce la seconda, rincarando anzi sulla severità dell'editto col sancire che le donazioni non eccedano la quarta parte dei beni. Del rimanente, l'articolo ha voluto ragguagliare l'uomo alla donna, ed evitare così il vizio della dizione dello editto, il quale parlava di *donne vedove*, ed era stato applicato ai mariti solo dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1).

Comecchè l'articolo parli dell'uomo e della donna *con figli*, pure è generalmente riconosciuto doversi evidentemente applicare, esistendo, sia un solo figlio o parecchi, e nipoti o altri discendenti, non che figli di primo grado.

344. Del pari è evidente che trattasi di donazioni fatte da una persona vedova (avente uno o più discendenti dal primo matrimonio) *al suo novello sposo*, val dire a quello che sia al presente suo coniuge, o con cui sia stabilito un prossimo congiungimento..... Potrà alle volte dubitarsi se la donazione fatta prima del matrimonio sia stata in considerazione di esso; così due persone si fanno reciprocamente una liberalità, e quantunque nel far ciò non abbiano pensato punto di sposarsi, più tardi si uniscono in matrimonio; al contrario potrebbero aver fatta la donazione prima, e separatamente dal contratto di matrimonio per eludere la legge, e schivare la regola del nostro articolo. Or in tal dubbio vi ha certo una quistione di fatto, che i tribunali devono decidere secondo le circostanze. « La donazione è stata fatta forse in considerazione del matrimonio dai coniugi più tardi conchiuso o pur no? » Se non che è uopo non obbliare il principio elementare, che sempre è presunta la buona fede e non la frode; il che non avremmo ricordato, se non avessimo letto in Toullier che il nostro articolo va applicato « alla donazione fatta in costanza di matrimonio, o per contratto di matrimonio, od *anche prima*, *meno che le circostanze non rivelino la buona fede* (V. n. 876) ». Egli è evidente che bisogna dare un senso opposto a tale proposizione, dicendo che lo articolo *non si applica* alle donazioni fatte prima del contratto di matrimonio, *meno che le circostanze non dimostrino la cattiva fede*. Egli è vero che il breve intervallo di tempo sarebbe per sè solo una circostanza sufficiente a far dimostrare la cattiva fede; ma è pur vero che la buona fede dee sempre presumersi, e produrre i suoi effetti fino alla prova contraria.

II. — 345. La legge permette che sii doni al nuovo sposo una parte uguale a quella del figlio che avrà il meno, purchè per altro non si ecceda il quarto dei beni.

Primieramente, può donarsi *una parte di figlio*, vale a dire che il novello coniuge può evidentemente noverarsi come un figlio di più. Così, se lo sposo lasci quattro figli, può donare alla seconda moglie, non un quarto, ma un quinto. In fatti i quattro figli e la sposa prendono un quinto per ciascuno, cosicchè quest'ultima ha veramente una porzione di figlio; ma

(1) Ved. l'editto sotto il nostro articolo nel *Codice Tripier*.

se essa prendesse una quarta, ed i quattro figli dovessero dividere fra loro i tre quarti, ciascuno di costoro avrebbe meno di quella, la quale per tal modo riceverebbe più di una parte di figlio. Giusta siffatto principio, lo sposo può avere con tre figli una quarta, con cinque una sesta, con sei una settima e via discorrendo. Se non che può donarsi solo una parte del figlio *che prenda il meno*. Se dunque uno o più figli sieno avvantaggiati da una precapienza, per modo che abbiano parti ineguali, il nuovo coniuge non può avere più di quello che riceva il figlio meno favorito. Suppongasi quindi sei figli e 80.000 franchi di patrimonio; il padre, benchè possa disporre di un quarto cioè di 20 mila franchi (art. 913 (829)) non potrebbe donarne 5,000 ad un figlio e 15.000 alla seconda moglie, perocchè così uno dei figli avrebbe 15.000, ciascuno degli altri cinque soli 10,000 fr. e la moglie 15,000; quindi questa riceverebbe una porzione uguale a quella del figlio più avvantaggiato. Se il padre voglia disporre dei suoi 20,000 fr. può donarne solo la metà, cioè 10,000 alla moglie, disponendo degli altri 10,000 a suo piacimento in pro di altri. Gli è certo però, che la porzione del figlio che prenda il meno, la quale non può oltrepassarsi dalla liberalità fatta al coniuge, non è quella che un figlio può avere *in fatto*, ma quella che *gli è dovuta* giusta la legge; cotalchè un figlio può contentarsi di un valore minore della sua quota di riserva, e non dimandare la riduzione che gli sarebbe accordata, ma non può con ciò nuocere ai dritti del coniuge.

Finalmente è mestieri che la liberalità non ecceda *il quarto dei beni*. Così il padre che lasci 60.000 fr. e due figli, non può attribuire a costoro 20,000 fr. e donare gli altri 20,000 alla seconda moglie, chè così costei avrebbe il terzo. In tal caso può unicamente donarle 15,000 fr.

346. Egli è fuori dubbio che per determinare la parte del figlio, bisogna calcolare non solo i figli del primo matrimonio, ma tutti quelli che lasci il donante, per modo che si può conoscere quel che gli è permesso donare, non al momento della donazione, ma solo dopo la sua morte. Viceversa, se i figli che esistevano al tempo della donazione fossero, quando muoia lo sposo, o premorti o colpiti da morte civile, e nissun proprio discendente li rappresentasse nella successione, non sarebbero noverati. Se al contrario fossero rappresentati da nipoti, sarebbe lo stesso che non esser morti. Aggiungasi che se tutti i figli del primo grado fossero morti, ed i nipoti, anzichè usare della rappresentazione, vengano di proprio capo, la seconda moglie avrebbe nè più nè meno l'uguale dritto come se i figli fossero viventi. Suppongasi tre figli che premuoiano lasciando ciascuno due nipoti; costoro (presentandosi di proprio capo a prendere ciascuno la parte uguale della successione) non possono pretendere che la sposa abbia un settimo, perocchè essa prenderà sempre un quarto, ed i suoi nipoti divideranno gli altri tre quarti. In vero la moglie ha dritto ad una *parte di figlio*, e non a una parte di nipote: se la morte dei figli non aumenta il suo dritto e il disponibile del padre, non può almeno scemarli (*ved.* articolo 913 (829), n. I).

347. Sembra evidente che fra i figli o discendenti non farebbero numero quelli rimossi dalla successione come indegni, o quelli che vi abbiano rinunziato. È conseguenza del principio da noi stabilito sotto l'art. 913 (829). n. V, che i discendenti i quali rinunziano, non debbono mai esser contati per valutare la porzione disponibile e la riserva. Un tempo è vero coloro che rinunziavano erano ammessi anche nei paesi consuetudinari a dimandare la riserva speciale dello *editto* delle *seconde nozze*, e si contavano quindi per istabilire la parte che potesse prendere il coniuge donatario, quantunque le consuetudini in ogni altro caso negassero la riserva a coloro che rinunziassero. Ma da ciò non possiam nulla inferire per quanto spetta al Codice civile, non ostante la contraria sentenza di Chabot (Quest. trans.) e di Grenier (n. 706).

Infatti il dritto romano, seguito un tempo

nei nostri paesi di dritto scritto, considerava la riserva non come una parte di eredità dovuta al figlio erede perchè tale, ma come un dritto speciale che spetta al figlio per tale sua qualità. La particolare riserva creata dalla legge *Hac edictali* fu pertanto soggetta al principio generale; e siccome l'*editto delle seconde nozze* (1) fece estendere ai paesi consuetudinari la regola di quella legge, essa fu accettata quale era, senza sottoporsi ai principi della riserva ordinaria. Ora che il nostro legislatore non conosce più nè diritto romano nè editti, e le diverse disposizioni della legge, quale ne sia la prima origine, han tutte lo stesso intendimento, derivano dalla medesima autorità, e si combinano fra loro con perfetta omogeneità, la riserva prescritta per questo speciale caso non può essere diversa da quella ordinaria. Ed essendo questa dovuta solo agli eredi (come noi provammo sotto l'art. 913 (829), numero IV), il figlio sol quando si conduce da erede può domandar quella di cui è qui discorso, ed egli deve far numero onde stabilire la porzione disponibile verso il secondo coniuge.

348. La porzione di beni dichiarata disponibile dal nostro articolo pel secondo coniuge, può essergli data o per donazione o per testamento, a titolo particolare od universale, per donazione di beni presenti, o di beni futuri. Così avendo quattro figli posso validamente donare o legare alla mia seconda moglie o una *somma* di denaro che rappresenti il valore del quinto dei miei beni, o la tal *casa* o il tal podere, o qualunque altra cosa che non oltrepassi in valore questa medesima frazione, o determinatamente il *quinto* del mio patrimonio, ovvero in generale *una parte di figlio*. Nei primi due casi la disposizione è a titolo particolare; negli altri due a titolo universale. Nel terzo l'oggetto della liberalità è stabilito immediatamente, e sebbene dovesse scemare a forza se sopravvenissero altri figli e la mia eredità fosse accettata da cinque o sei in luogo di quattro, non potrebbe crescere, e sarebbe sempre del quinto anche nel caso di un testamento, e se non lasciassi alla mia morte che uno o due figli o nessuno, avvegnachè abbia dichiarato solo di donare un *quinto* del mio patrimonio. Quando al contrario ho dichiarato di donare una parte di figlio, se l'oggetto della disposizione può scemare, viceversa può anche crescere: e la mia seconda moglie che avrà un quinto se sopravvivuno i miei quattro figli ed accettino la mia eredità, ed avrebbe meno se crescesse il numero di figli eredi, avrebbe al contrario un quarto se mancassero uno o più dei miei quattro figli.

Se in questo medesimo caso morissero tutti i miei figli avanti a me, o rinunziassero la mia eredità, qual sarebbe mai l'effetto della disposizione di una parte di figlio, non vi sarebbe più parte di figli, non essendovi più figli; ma siccome il dono di una *parte di figlio* non può altro significare che questo: *la parte maggiore che un secondo coniuge possa avere in concorrenza di figli di un precedente matrimonio*, così il coniuge avrebbe sempre il quarto. Non sarebbe così se il disponente avesse donato tutto quello che avrebbe disponibile alla sua morte; in cotal caso se avesse figli del matrimonio e nessuno del precedente, il coniuge avrebbe un quarto in proprietà oltre un quarto di usufrutto; e non essendovi affatto figli, il coniuge prenderebbe tutto il disponibile in favore di estranei e l'usufrutto degli altri (articolo 1094 (T)).

Sono queste quistioni d'intenzione. Così nel caso di una disposizione che abbia per oggetto *il disponibile* ovvero *una parte di figlio*, se il disponente non avesse formalmente parlato, ovvero se i tribunali decidessero in fatto che egli abbia voluto parlare della porzione disponibile, quando egli parlavo o di una parte di figlio qual sarebbe secondo lo stato presente della famiglia, il coniuge gratificato non potrebbe ottenere altro. Del pari si deciderebbe coi termini della disposizione, e in fatto nel

(1) Abbiamo detto che lo editto trovasi sotto lo art. 1098 del *Codice Tripier*.

caso di una donazione fra vivi e per contratto di matrimonio, se dessa sia di beni presenti e indipendente dalla condizione di sopravvivenza (art. 1092 (1047)) ovvero di beni futuri e soggetta alla caducità se premorisse il donatario (art. 1089, 1093 (1044, 1048)).

349. È importante da ultimo osservare che il coniuge donatario o legatario di una parte di figlio, o di una determinata frazione di beni, avrà necessariamente il dritto di comprendere nella massa tutti i beni conferibili onde stabilire il valore della porzione a cui è chiamato. Così il defunto che lascia tre figli e un coniuge donatario del quarto dei suoi beni; ha un patrimonio di 100,000 fr. avendone donato 60,000 a due dei suoi figli senza dispensa di collazione; il coniuge potrà prendere il suo quarto, non solo sui 100,000 che trovansi nella eredità ma anche sui 160,000 franchi che formano realmente la massa a dividersi. Invano opporrebbesi l'art. 858 (777) che chi non sia erede non può domandare la collazione, nè vantaggiarsene. Il donatario non potrà domandar mai la collazione; e se i beni che restano alla morte non fossero bastevoli a dare il suo quarto, non potrebbe pretendere che si facessero le collazioni onde completarsi: nemmeno vantaggiarsi della collazione fatta onde essere pagato il quarto. Ma senza domandare la collazione, nè profittarne se fatta, egli potrà sempre giovarsene, onde valutare il suo quarto in tutta quella estensione che gli spetta.

III. — 350. È molto controverso e delicatissimo il conoscere come debba intendersi la regola del nostro articolo, quando vi sieno più matrimoni successivi del coniuge che abbia figli di precedente unione. Duranton (n. 804) opina che la porzione stabilita dall'articolo possa darsi intera a ciascuno dei coniugi ulteriori, purchè le diverse donazioni riunite insieme (aggiungendovi quelle che avrebbero potuto farsi ad altri) non oltrepassino il disponibile ordinario dell'art. 913 (829). Così colui che con un figlio del primo matrimonio, dà un quarto delle sue sostanze alla seconda moglie, potrebbe anche, se non fa altre disposizioni, donare un altro quarto a una terza moglie.—All'incontro, da tutti gli altri scrittori è insegnato che i coniugi successivi non possano ricevere riuniti insieme, se non se la quota qui determinata. Così, nella specie soprariferita, la terza moglie nulla potrebbe ricevere, posciacchè la seconda ha ricevuto il quarto che è il *maximum* della quota. Parimente, chi ha donato alla seconda moglie una parte di figlio (un quinto con quattro figli, un sesto con cinque, ecc.) non potrebbe nulla più donare alla terza.

Checchè siesi potuto dire da una parte e dall'altra, certo ci sembra, che nè l'uno, nè l'altro dei due sistemi può essere sostenuto o combattuto dal testo del nostro articolo, e che bisogna indagare in altro luogo la mente del legislatore.

351. Primieramente, Duranton fa invano osservare che la legge permette a chi contrae un secondo, o un *ulteriore* matrimonio, di donare la quota di cui è discorso *al suo novello coniuge*. Senza fallo si parla nella legge di un secondo o *ulteriore* matrimonio, potendo il caso avvenire, tanto per un secondo, che per un terzo ed un quarto matrimonio, e vi si parla anche di donare tutta intera la quota ad un sol coniuge (non monta se terzo o secondo); ma non è naturalmente sottinteso che la quota non sia già esaurita? È vero che il testo parla di donare tutta la quota ad un sol coniuge; che suppone poter essere il coniuge, tanto il terzo o il quarto, quanto il secondo. Ma si badi che si suppone anche fatta *una volta sola* la donazione dell' intero ad un sol coniuge, avvegnachè non si parli del secondo *e* ulteriore *matrimonio* onde permettere che si attribuisca la quota a *ciaschedun* novello coniuge. Nulla pertanto si può inferire dai termini della legge in sostegno del primo sistema.

Al contrario Demante ha creduto che il testo meni a diversa soluzione; e non manifestando le sue idee intorno al secondo sistema (che pone solamente in quistione, come tutti i punti controversi) stima che i termini della legge sien tali da far ri-

gettare quello di Duranton. « Qualsia il partito che si prenda sulla quistione, egli dice, i coniugi novelli non potranno mai essi tutti insieme ricevere più del quarto; dacchè la legge nel supporre parecchie donazioni vuole che in nessun caso esse eccedano il quarto » (t. II, n. 512-4°).

Così, secondo il dotto professore, la fine del nostro testo troncherebbe mezza quistione; essendo formalmente stabilito, che i coniugi successivi, non possano mai ricevere tutti insieme oltre il quarto ; e il solo dubbio sarebbe se nemmeno possano avere tutti insieme oltre una parte di figlio. Se si rispondesse del sì, formerebbesi un terzo sistema che starebbe di mezzo fra quello di Duranton, e quello degli altri scrittori; ad esempio, con sei figli il coniuge che abbia donato alla sua seconda moglie il valore di una parte di figlio, cioè di un settimo dei beni, potrebbe pur donare ad una terza moglie la differenza del settimo ad un quarto. Se non che la interpretazione data da Demante alle parole: *in alcun caso queste donazioni*, non ci sembra più fondata dell' altra che abbiamo rigettato per le parole *un secondo o ulteriore matrimonio... al suo novello coniuge*. Se le parole *queste donazioni* possono significare più donazioni fatte da *un solo* a vari coniugi, secondo che vuole Demante, elle possono anche significare (esprimendo in plurale la medesima idea che nel principio dell'articolo è manifestata in singolare) le donazioni che faranno ai loro novelli coniugi tutti quelli che passano ad altre nozze: *queste donazioni, questa specie di donazione, le donazioni fatte nel caso di cui si è parlato*.

Parimente, se le parole *in alcun caso* possano comprendere quello di più donazioni fatte da un solo a più coniugi, e significare che nè le donazioni fatte a più nè quelle fatte ad un solo, potranno oltrepassare il quarto, elle possono anche riferirsi solo al caso in cui la parte di figlio fosse maggiore del quarto, ed esser poste quasi a restringere la regola la quale permette di donare questa parte di figlio. Certamente quest'altro senso può esservi; e ciò solo basterebbe, perchè tutto fosse quistione, e venisse meno la certezza che Demante intendeva dare.

Ma quest'altro senso più che possibile, anzi probabilissimo, e quasi certo, avvegnachè l'ultima frase dell'articolo vi sia stata aggiunta sulla domanda di Berlier, il quale la volle solo, affinchè si restringesse la regola principale relativa alla parte di figlio, e s' impedisse che il secondo coniuge non conseguisse mai più del quarto (Fenet, XII, pag. 417, 439). Per altro, la esposizione dei motivi intende per le parole *queste donazioni*, le liberalità che i coniugi fanno ad un sol coniuge novello, e non quelle che uno farebbe a più coniugi successivi: « è stato ordinato che *le donazioni* in vantaggio *del novello coniuge*, non potranno eccedere una parte di figlio, e che *in alcun caso queste donazioni*... (*ibid*., pag. 573) ». — Non si può dunque credere che i compilatori coll'aggiungere immediatamente la frase ultima dell'articolo, abbiano pensato ciò che suppone Demante.

352. Pertanto la discussione agitata fra Duranton, e gli altri interpreti del Codice non può risolversi secondo il testo, e nemmeno secondo i discorsi del Consiglio di Stato, del Tribunato, del Corpo legislativo. È questo uno dei casi in cui i compilatori non dissero quel che doveano impreteribilmente; il nostro articolo non parla infatti che di donazioni fatte a un sol coniuge, lasciando indecisa la quistione per quelle che si fanno successivamente a più. — Per questo assoluto silenzio dei compilatori rendesi il punto molto delicato.

Ma al postutto è uopo indagare la mente della legge, e dove manchi la certezza, a tenerci a quel che sembra più probabile. — Or la mente della legge sembra esser questa: che la quota del nostro articolo non potrà mai darsi che una volta, o ad un solo novello coniuge, o a più; e che le parole *al suo novello coniuge*, come le altre *il figlio naturale* nell'articolo 757 (674 M) comprendono tanto il plurale che il singolare.

Ecco per quali idee ci siamo convinti.

Cotesta regola era quella dell'editto delle seconde nozze, e ci sembra ben naturale che i nostri compilatori abbiano voluto conservarla: 1° perchè se avessero voluto far mutamenti, lo avrebbero manifestato in qualche luogo, o nel testo del Codice, o nei lavori preparatori; 2° perchè non è verosimile che siesi voluto elargare anche lo antico disponibile, quando lo si restringeva, non permettendosi di donare la parte di figlio quando oltrepassasse un quarto; 3° da ultimo, perchè nel silenzio dei compilatori incontrasi una parola che fa intravedere lo intendimento di voler continuare intorno a ciò la regola preesistente: essendosi detto nella esposizione dei motivi che « si è *mantenuta* questa savia disposizione » (Fenet, XII, pag. 573) (1).

IV. — 353. La liberalità eccedente la quota permessa dal nostro articolo, non è nulla perchè fatta da un incapace, ma può solamente ridursi al tempo della morte del disponente, se esistano allora figli del precedente matrimonio i quali accettino la eredità.

Infatti, il nostro articolo non stabilisce una regola di capacità, uno statuto personale. Vedemmo sotto l'art. 3 (5), (n. III, IV) che onde distinguere se una legge sia reale o personale, è necessario senza badare ai termini, all'andamento della frase, indagare qual sia in fondo lo scopo ultimo propostosi dal legislatore. Or qui il fine, la idea capitale non è di rendere i novelli coniugi *incapaci* di donarsi oltre quella frazione, dacchè non essendovi figli, son capaci di donarsi *più che ad estranei*, e mancando eredi legittimari, di donarsi *tutti i loro beni*. — Qui dunque come nell'art. 988 (914) e negli articoli 913, 916 (829, 832) si tratta della disponibilità dei beni, e della loro conservazione ad alcuni eredi. Esso è quindi uno statuto reale. Che monta che l'articolo dica: *il marito* o *la moglie non potrà donare*, essendo i termini di poco rilievo? Forse l'art. 908 (834) non dice parimente: *i figli naturali non potranno ricevere?* Coin-Delisle adunque va grandemente errato dicendo (n. 2) esser questa una legge personale « perchè è concepita in termini negativi che si riferiscono alla persona ».

Se fosse una legge personale, una regola di capacità, il coniuge nel caso di eccedenza ha donato ciò che era incapace di donare, e la donazione è, e sarà nulla, checchè possa poi avvenire. All'incontro, essendo ella reale, e trattando della disponibilità dei beni, renderà applicabile l'art. 920 (839) secondo il quale l'eccedenza genera una riduzione che deve farsi al tempo della morte, e secondo che allora è lo stato della famiglia. Altra conseguenza della *realità* di cotal regola si è che dovrà applicarsi a tutti i beni francesi quand'anche appartenessero a stranieri, e non applicarsi ai beni stranieri, che appartenessero a Francesi (art. 3 (5), n. III).

V. — 354. Essendo la limitazione del disponibile stanziata dal nostro articolo per la donazione fatta al novello coniuge, stabilita nell'interesse dei figli di precedente matrimonio, non potrebbe più darsi luogo a riduzione, se cotesti figli fossero premorti, o morti civilmente; come anche se tutti essi rinunziassero alla eredità del donante, avvegnachè non essendo più eredi, non avrebbero più dritto a riserva. Abbiamo già veduto (n. II, § 6) che non potrebbe ammettersi sotto l' impero del Codice la regola diversa dell' antico dritto che accordava la riduzione ai figli per tale loro qualità, astrazion fatta dal titolo di eredi.

I figli del matrimonio nel quale, o in contemplazione del quale si è fatta la donazione, non possono mai chiedere la riduzione, la quale è solo stabilita nell'interesse dei figli di precedente unione. Se questi la domandano, gli altri necessariamente ne trarranno vantaggio, perchè colla riduzione rientreranno i beni nella eredità, la quale viene egualmente divisa fra tutti i figli del defunto, a qualsia matri-

(1) *Conf.* Delvincourt, Toullier (V 882); Grenier (712); Vazeille (n. 10); Merlin (*Rép.*, parola *Seconde nozze*, § 7, art. 3); Bugnet, *sopra Pothier* (VIII, pag. 438).

monio appartengano (art. 745 (667)). Ma i figli del nuovo matrimonio non perchè colla loro qualità di eredi han dritto di prendere la loro parte dei beni prima donati, che sieno rientrati nella eredità, hanno pure il dritto di farveli rientrare. Per far rientrare i beni nella eredità è mestieri che si riduca la donazione; per far ciò è mestieri s'impugni la donazione come eccessiva, ma per far ciò è mestieri essere fra quelli in favore dei quali sono stati imposti dei limiti alle liberalità. — Sembrandoci questo evidente, riguardiamo come erronea la dottrina contraria del maggior numero degli scrittori (1).

Indarno si dice non dover dipendere dai figli del primo matrimonio il distruggersi i dritti degli altri col rinunziare all'azione. Io posso sempre rinunziare ad un azione costituita solo per me, ma la mia rinunzia non distrugge i vostri pretesi dritti, i quali non esistono, nè esisterebbero, se non dopo compita la riduzione. Dicesi anche invano, che sarebbe troppo a temersi la frode, e facile la connivenza fra i figli del primo matrimonio, e il secondo coniuge. I principî del dritto non possono venir meno in faccia ad una frode possibile, ma soltanto in faccia ad una frode provata. Allorquando il giudice valutando i fatti, interrogando le probabilità delle circostanze, dichiarerà esservi frode, i figli del secondo matrimonio potranno essere abilitati ad agire; ma ci sembra impossibile che in principio si accordi loro l'azione. Dippiù l'articolo 1496 (T) prevedendo i vantaggi indiretti fatti a un coniuge, oltre ciò che è stabilito dal nostro articolo, vien dichiarando che in cotal caso *i figli del primo matrimonio* avranno l'azione di riduzione.

1099 (1053). — I conjugi non potranno indirettamente donarsi più di quello che loro è permesso dalle precedenti disposizioni.

Sarà nulla qualunque donazione o *coverta*, o fatta ad *interposta persona*.

SOMMARIO

I. Fra i coniugi le liberalità indirette son valide, ma debbono ridursi alla quota disponibile; sono nulle quelle fatte con un simulato atto oneroso, o per interposta persona.

II. Censura della contraria dottrina di Duranton e Coin-Delisle.

III. Il nostro articolo si riferisce tanto all'articolo 1094 (T) *che all'art.* 1098 (1052).

I. — 355. La legge, siccome abbiam fatto osservare sotto l'art. 851 (770), numero 1, distingue le donazioni indirette, da quelle mentite sotto la forma di un contratto oneroso, o fatte per interposte persone. Senza fallo potrebbonsi abbracciare col nome di *donazioni indirette* tutte le liberalità che si fanno per qualunque siesi mezzo obbliquo; di maniera che quell'espressione applicherebbesi tanto ai doni mentiti, o fatti per interposte persone, quanto a tutti gli altri. Ma non è questo il linguaggio del Codice, il quale chiama donazioni indirette le liberalità che si mentiscono sotto l' apparenza di un contratto oneroso, o le altre che si fanno per interposte persone; ma non già le liberalità che non manifestandosi apertamente e francamente come tali, si compiono in modo diverso che per uno di cotesti due.

Nè solo il nostro articolo diversamente qualifica queste varie specie di liberalità, ma diversamente anche le tratta, per quanto spetta ai loro risultamenti. Le semplici donazioni indirette dovranno soltanto *ridursi* alla quota disponibile indicata dai precedenti articoli; mentre son *nulle* quelle nascoste sotto la forma di un atto oneroso, o fatte per interposta persona. Così, quando colui che non poteva donare a sua moglie

(1) Grenier (n. 698); Toullier (n. 879); Duranton (817); Vazeille (n. 3); Coin-Delisle (n. 8).

più di 20.000 fr. le ha venduto per 50 mila un podere del valore di 80,000 e datole così per indiretto 30,000 fr., la donazione dovrà ridursi di un terzo. Se poi al contrario egli abbia dichiarato di venderle una casa che le donava, ovvero donato questa casa al padre della moglie, affinchè questi la trasmetta a quella, la donazione rimarrebbe inefficace, quando pure la casa donata non valesse più di 20,000 fr. — La legge, come vien provato dagli articoli 1094, 1098, 1096 e 1100 (T, 1052, 1050 e 1054) dubitando moltissimo del vicendevole ascendente dei coniugi, ha pensato che la simulazione dell'atto oneroso, e la interposizione delle persone che sono i mezzi più ordinari di frode, sarebbero spesso e largamente usati fra coniugi; e affin di rimuoverli con maggiore efficacia, ha dichiarato con energia, che in cotal caso la donazione resterebbe inefficace: *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat.* Così sarau sempre nulle fra coniugi coteste donazioni mentite, o fatte per interposte persone, che per altri son valide entro la porzione disponibile.

Questo rigore è anche utile perchè impedisce che i coniugi si facciano, mercè un atto oneroso simulato o per interposte persone, alcuna liberalità che sarebbe irrevocabile contro il voto dell'art. 1096 (1050). Nè si dica infatti, come fa Coin-Delisle (n. 5) e una decisione di Parigi (citata più innanzi), che cotal caso sia compreso nel primo paragrafo del nostro articolo, il quale, dicesi, nel vietare ai coniugi di donarsi per qualsisia mezzo *oltre* ciò che è permesso dalle *soprariferite disposizioni*, si riferisce tanto all'art. 1096 (1050), quanto agli art. 1094 e 1098 (T e 1052). — È evidente il contrario. Donare *oltre* ciò *che è permesso*, vale il medesimo che donare una porzione maggiore della disponibile: quello che fa al coninge una liberalità non eccedente il disponibile, ma che le circostanze renderebbero irrevocabile, viola la legge nel donare in modo diverso da quel che egli poteva, ma non già nel donare oltre ciò di quel che poteva. Adunque le donazioni, le quali mercè un atto mentito, o fatto per interposte persone, violassero la regola dell'art. 1096 (1050) sono impedite, non già dal nostro primo paragrafo, ma soltanto dal secondo.

II. — 356. La nostra dottrina non viene ammessa da tutti. Duranton (IX-831) e Coin-Delisle (n. 14, 26) insegnano che le liberalità fatte fra coniugi con interposizione di persone, o con simulazione di un atto oneroso, non son nulle, ma debbono solo ridursi, come tutte le altre. Essi dicono, che le donazioni, di cui tratta il nostro secondo paragrafo, sono anche evidentemente donazioni indirette; quindi comprese nella disposizione generale del primo paragrafo, che le ritiene efficaci fino alla concorrenza del disponibile; che il secondo paragrafo le dichiara soltanto nulle, in quello che eccede il disponibile, e che al postutto è solo la spiegazione, e lo svolgimento del primo.

Ma se nel secondo paragrafo si fosse dovuta soltanto riprodurre identicamente la regola del primo, perchè mai dunque si sarebbe dettato? perchè mai in uno stesso articolo scrivere la stessa regola due volte, in due distinti paragrafi? e perchè dire che la donazione sarà *nulla*, se soltanto si fosse voluto dire, che dovrebbe ridursi, e andar soggetta a scemamento? Forse il Codice ha mai usato le espressioni, *nulla, nullità, annullare*, per indicare casi di riduzione? Dalla lettura degli articoli 920-930, 1496, 1517, 1595 (837-847, T, T, 1440) e molti altri, si scorgerà, che i compilatori hanno sempre usato le espressioni, *ritogliere* o *ridurre (retrancher o reduire)*. Senza fallo, avendo detto il Codice in una prima disposizione che i doni fatti indirettamente saranno validi soltanto fino alla concorrenza del disponibile, vuol dire una cosa diversa, aggiungendo essere nulle quelle fatte con un atto oneroso, simulato, o per interposte persone.

357. Indarno si farebbe osservare da Duranton e Coin-Delisle, che l'articolo 911 (827) usa anche la espressione *nulla* per la liberalità fatta ad un incapace (con si-

mulato atto oneroso o per interposta persona); e che tutti riconoscono che la nullità in tal caso non sia necessariamente per l'intero, ma solo per quel che eccede la capacità del donatario. Senza fallo, la liberalità sarà nulla in tal caso per quello che il donatario non potrebbe ricevere, e rimarrebbe efficace, ad esempio, sebbene fatta al medico, o al ministro del culto, se fosse di modico valore (909, n. 1 (825)); perocchè l'art. 911 (827) dichiara nulla la disposizione in quanto si fa ad un incapace. e il donatario non è più tale per ciò che può ricevere. Ma nel nostro caso, la donazione mentita, o fatta per interposta persona, vien dichiarata nulla perchè si fa ad uno sposo, e certo se vi han limiti, gradi del più o del meno nella incapacità, non ve ne ha nella qualità di sposo. D'altra parte, per quanto spetta ai termini dell'art. 911 (827), in esso si parla di disposizioni *nulle*, cioè perchè son fatte in vantaggio *d'un incapace*; quindi prevede solo, nel modo con cui è stato compilato, il caso della *incapacità* delle persone (art. 906, 907, 909 e 910 (822, 823, 825, 826)), e solo per estensione e per analogia si applica al caso della *indisponibilità* dei beni, della riducibilità, (art. 908 (824)). Al contrario, il nostro secondo paragrafo non potrebbe spiegarsi nel sistema da noi combattuto, perchè in esso si tratterebbe solo di riduzione, e quindi non potrebbe dirsi che la disposizione sarà *nulla*.

Se i nostri avversari non sono molto concludenti invocando l'articolo 911 (817), non sono meno col pretendere che il nostro secondo paragrafo rientri necessariamente nel primo, e che non potrebbe assolutamente esservi un caso d'indiretta liberalità che non si faccia o per interposta persona, o con simulato atto oneroso. Allorquando mia moglie separata di beni, e che ha quindi il libero godimento delle sue rendite (art. 1536 (T)), riceve personalmente da me una somma di denaro che potrà impiegare, come frutto delle sue economie, ov'è mai la interposizione di persona, o la simulazione di un atto oneroso? Allorquando io tolgo una seconda moglie senza fare alcun contratto (e quindi sotto il regime della legale comunione secondo l'art. 1400 (T)), ed ella acquisti maggiori o minori vantaggi dalle successioni mobiliari acquistate appresso in cui la legge gli attribuisce la metà (art. 1401, 1474 (TT), come vi sarebbe la donazione mascherata di cui parla il nostro paragrafo? Allorquando ho stipulato con la seconda moglie un contratto con clausole che tendano ad acquistarle un beneficio, ma consentite da me senza l'intenzione di vantaggiarla, come si direbbe ancora che le abbia fatto una donazione mascherata? Allorquando ho venduto seriamente a mia moglie uno dei miei beni, sebbene per un prezzo molto inferiore dell'effettivo, non è questa una donazione fatta *sotto l'apparenza di una vendita*, ma una vendita reale in cui non si è dissimulato o mentito.

Adunque in questi diversi casi non vi è interposizione di persone, nè simulazione di atti onerosi. Quindi non siamo più nel caso del secondo paragrafo, ma in quello del primo; in esso il Codice vuol parlare di vantaggi procurati per indiretto, e che non possano ridursi. Di più, i tre ultimi casi da noi presentati sono preveduti con articoli espressi, i quali dichiarano non darsi allora luogo a riduzione (art. 1496, 1527, 1595 (TT, 1440).

Da ultimo il sistema contrario non è meglio difeso dai suoi sostenitori con lo art. 843 (762). Il quale, dicesi, vuole evidentemente abbracciare tutte le liberalità che possano farsi, quando obbliga l'erede a conferire alla eredità « tutto ciò che ha ricevuto dal defunto direttamente o *indirettamente* ». e quindi i doni indiretti comprendono tutte le liberalità che non son fatte apertamente e formalmente, e di conseguenza quelle fatte con un simulato atto oneroso, o per interposte persone, non che tutte le altre. A questa obbiezione abbiamo già risposto con dire che l'art. 843 (762) il quale sottopone al conferimento i doni diretti che non sieno fatti *espressamente* per precipienza, oltre la parte o con dispensa di collazione, non riguarda affatto

i doni fatti con simulato atto oneroso o per interposte persone, dacchè questi vengono dispensati (dagli art. 847, 849 e 918 (766, 768, 834)) dalla collazione di pieno dritto, e senza che si fosse manifestata volontà intorno a ciò (ved. articolo 851, n. I, II e III (770). — Del resto, la nostra dottrina è abbracciata dal più degli scrittori e delle decisioni (1).

III. — 358. Taluni nei primi tempi del Codice avean creduto che il nostro articolo riguardasse gli sposi che con figli del primo letto si rimaritino, e quindi si riferisse solo all' art. 1098 (1052 M) e non già all'art. 1094 (T). Questa sembra l'opinione di Grenier (n. 691) e di Toullier (n. 881). Fa meraviglia che Duvergier non abbia notato simile errore, avvegnachè il nostro articolo non parli soltanto di novelli sposi, ma di tutti gli sposi; indicando non solo la quota permessa dalla precedente *disposizione*, ma anche quella permessa dalle surriferite disposizioni.

La legge più severa pei secondi o ulteriori matrimoni, anzichè pei primi (essendovi figli di precedenti nozze) scorge indiretti vantaggi rispetto a costoro in alcune circostanze che generalmente non ne presenterebbero (articolo 1496, 1527 (T, T), ma non è certo questa una ragione perchè in un primo matrimonio si possa contravvenire alla regola dell' art. 1094 (T) con la simulazione di un atto oneroso, o con interposizione di persone, o con alcuno dei mezzi indiretti di cui parla il nostro primo paragrafo (2).

1100 (1054). — Saran considerate come fatte ad interposta persona le donazioni di uno dei conjugi ai suoi figli, o ad uno dei figli dell' altro conjuge, nati da un altro matrimonio; e quelle pure fatte dal donante ai parenti, dei quali l'altro conjuge fosse erede presuntivo al tempo della donazione, ancorchè quest'ultimo non sopravviva al suo parente donatario.

SOMMARIO

I. Sviluppo dell'articolo. Dissenso sopra un punto da Coin-Delisle.
II. Rapporti del disponibile del nostro articolo con quello ordinario. Errore della Corte di cassazione. Censura di Duranton, Valette, ecc.
III. In qual modo si facciano sotto una stessa data le liberalità al coniuge e agli estranei. Dissenso da tutti gli scrittori.

I. — 359. Spesso sarebbe difficile il provare che la donazione fatta manifestamente a questa o quella persona dal coniuge fosse realmente fatta all' altro coniuge, e che l'apparente donatario fosse quello che prestì il nome. La legge a scemare tale inconveniente viene indicando una classe di persone che si presumono interposte, di modo che qualunque donazione fatta ad una di esse si reputerà di pieno dritto fatta al coniuge per interposta persona, e sarà nulla, non potendosi nemmeno provare che non vi sia stata interposizione (art. 1352 (1306)) Coteste persone sono: 1° I figli del coniuge che non fossero insieme figli del donante, 2° tutti i parenti di cui il coniuge sia erede presuntivo.

Indichiamo primieramente i figli del coniuge che tali non fossero pure del donante. Infatti sembra a noi certo esser questo il pensiero del nostro articolo quando parla di figli *nati da altro matrimonio*; i compilatori vollero soltanto dire: « i figli che non son nati dal matrimonio presente

(1) Grenier (n. 890); Delvincourt, Toullier (V-901); Dalloz (cap. 12, sez. 4); Rig., 30 nov. 1831; Cassaz., 17 nov. 1834, Parigi, 14 ottobre 1835; Tolosa, 13 marzo 1835; Rig., 29 marzo 1838; Limoges, 6 luglio 1842; Caen, 6 gennaro 1845 (Dev., 32, 1, 134; 34, 1, 769; 35, 2, 392; 36, 2, 343; 38; 1, 481; 43, 2, 27; 45, 2, 393).

(2) *Conf.*, Delvincourt, Favard (alla parola *Contratto di matrimonio*, sez. 4); Duranton (IX-628); Dalloz (cap. 12, sez. 4); Coin-Delisle (n. 2).

e non appartengono insieme a due coniugi »; ma non han potuto pretendere che dessi sieno realmente nati da un matrimonio. In vero non c'è ragione perchè non si presuma la interposizione tanto allorchè la liberalità si fa ad un figlio naturale del coniuge, quanto allorchè si fa al figlio legittimo di lui. Similmente crediamo doversi applicare la regola a tutti i figli di qualsiesi grado, anche agli adottivi, i quali legalmente sono pure figli.

360. I parenti di cui il coniuge era erede presuntivo nel punto in cui si è fatto l'atto di liberalità, si presumono sempre, e perciò solo persone interposte, checchè possa poi seguirne. Così, quando pure il coniuge morisse immediatamente dopo la donazione fatta innanzi il donatario o legatario, e senza esser divenuto suo erede reale, la disposizione non sarà meno nulla. Infatti quel che deesi riguardare è lo stato delle cose nel momento in cui si dona, per conoscere quel che allora avrebbe pensato il donante. Viceversa, dove il coniuge non sia erede presuntivo del parente donatario o legatario quando si fa l'atto, non importa che appresso lo divenga, perchè allora la disposizione non è stata fatta per far passare la cosa al coniuge insieme con la successione del beneficiato.— La contraria dottrina di Coin-Delisle, il quale insegna (numero 9) che per i testamenti bisogna riguardare non il tempo in cui si fanno, ma quello in cui il testatore muore (essendo che il testamento sortisce il suo effetto per la morte), è un errore che deriva dal dimenticare questa idea che la legge ha voluto riguardare la intenzione che aveva il coniuge nel fare la disposizione.

361. Del resto, notiamo potersi sempre provare la interposizione nel caso in cui non si presume di pieno dritto.

Rapporti del disponibile fra coniugi col disponibile ordinario.

II. — **362.** Svolte nei quattro art. **1094**, **1098**, **1099**, **1100** (T, **1052** M, **1053**, **1054**) le regole del disponibile fra coniugi riguardato in se stesso, è mestieri esaminare ora il disponibile nei suoi rapporti con quello ordinario degli art. **913**, **915** (**829**, **831**) cioè nei casi in cui concorrano liberalità fatte ad un coniuge insieme con altre fatte ad estranei.

Egli è manifesto dapprima che cotesti due disponibili, ordinario e speciale, non possono essere mai cumulati; nè si potrà donare ad estranei (1) l'intero disponibile degli art. 913, 915 (829, 831) donando allo sposo l'intero disponibile dei nostri articoli **1094** e **1098** (T e **1052** M) ciò è chiaro, perchè essendovi figli il cumulo delle due quote ridurrebbe la riserva ad una frazione minima e veramente derisoria, ed essendovi ascendenti, *sorpasserebbe la totalità del patrimonio*. Dippiù tutti son di accordo nel riconoscere che giammai tutte insieme le liberalità non possono oltrepassare la quota maggiore dei due, e che sarà or l'una, or l'altra.

Così, il disponente non può mai eccedere la quota maggiore del disponibile. Ma potrà anche giungervi sempre senza distinzione di circostanze. e in qualunque ordine sieno fatte le liberalità, purchè lo estraneo da una parte, e il coniuge dall'altra non abbiano ricevuto al di là di ciò che si può loro donare? In altri termini, da chè la liberalità fatta al coniuge non ecceda i limiti posti dagli art. **1094**, **1098** (T, **1052** M); e quella fatta allo estraneo non ecceda i limiti posti dagli art. **913**, **915** (**829**, **831**) e in fine la riunione delle due non oltrepassi la quota maggiore disponibile, coteste liberalità potranno sempre non soffrir la riduzione? Ciò non è dubbio, quando il disponibile maggiore sia l'ordinario, quello cioè degli art. **913**, **915** (**829**, **831**). Così quando il coniuge che

(1) Notiamo che per *estranei* s' intendono in questa materia tutte le persone tranne il coniuge del disponente compresi anche i figli di questo ultimo.

ha un figlio solo, e di cui il disponibile maggiore è di metà in piena proprietà (articolo 913 (829) ha dato prima ad uno estraneo una parte soltanto del disponibile, egli può donare appresso il rimanente al coniuge purchè questo non ecceda nè in proprietà nè in usufrutto la quota stabilita dal nostro capitolo; se egli poi ha incominciato con dare al coniuge il quarto di piena proprietà, e di più il quarto d'usufrutto permesso dall'art. 1094 (T), egli può donare l'altro quarto di nuda proprietà a chi meglio vorrà; non vi sarebbe allora nè ragione nè pretesto, perchè si riducano l'una e l'altra di tali liberalità.

363. Ma se la quota speciale del nostro capitolo è la maggiore, la quistione posta di sopra diverrà dilicata. Senza fallo, egli è certo che donata prima ad un estraneo la quota ordinaria, non si possa poi donare al conjuge la differenza in più, permessa per lui dall'art. 1094 (T). È ancor certo che coteste due liberalità non possano farsi insieme, o con una stessa donazione, o con uno stesso testamento. Ma sarà pur così se la liberalità fatta al conjuge precedesse l'altra? Intorno a ciò non si è d'accordo.

Abbiamo detto che l'affermativa non è dubbia, quando la liberalità dello estraneo sia anteriore a quella del conjuge, o quando tutte due sieno fatte ad un tempo, il che sembra evidente, e i più valenti scrittori ne convengono insieme con la giurisprudenza (1). Così il padre di tre figli dà ad un di loro o a qualunque altro il quarto del suo patrimonio in piena proprietà, e poi al conjuge un quarto in usufrutto: riconoscesi da tutti essere inappuntabili le due liberalità. Così pure un conjuge senza figli, ma che abbia la madre, lega in un testamento al nipote tutto il suo (cioè tutto il disponibile del suo, in altri termini i tre quarti), e alla moglie l'usufrutto del quarto riservato alla madre; nessuno di questi legati par che possa venir ridotto, e la Corte di Lione li ha giustamente mantenuto.

364. Duranton (num. 786) ha censurato tal decisione, pretendendo che la madre dovesse avere il suo quarto in piena proprietà non ostante il testamento, e che il quarto di usufrutto legato alla moglie dovesse prendersi dal legato universale del nipote. Ma erronea è cotal dottrina, nè può essa trionfare mercè il ragionamento fatto all'uopo da Duranton. Egli dice, che il beneficio dell'art. 1094 (T) (il quale permette che si aggiunga al disponibile ordinario l'usufrutto della riserva degli ascendenti) è scritto solo pel conjuge, e a lui deve profittare, mentre qui ne traeva vantaggio il nipote. Ma in che dunque mai il beneficio giovava al nipote, dacchè la sola moglie prendeva secondo il testamento l'usufrutto della riserva della madre, e il nipote riceveva solo i tre quarti che l'art. 915 (831) permette di donare a qualunque persona? Duranton aggiunge, che con tal sistema sarebbe bastato il legare alla moglie *un solo scudo* perchè al nipote si potesse donare tutto l'usufrutto del quarto riserbato, oltre il disponibile ordinario. Teniamo per fermo, che il dotto professore scrivesse ciò per distrazione. Infatti, si è mantenuto e dovuto mantenere il legato dell'usufrutto del quarto riservato alla madre, perchè il legato era fatto alla moglie secondo l'art. 1094 (T), e se l'usufrutto o una *qualunque frazione* di esso fossero stati aggiunti al legato di tre quarti fatto al nipote, il legato avrebbe dovuto necessariamente ed evidentemente ridursi ai tre quarti. Duranton dunque non si è compreso.

Di poi, innanzi la Corte di cassazione l'avvocato generale Delangle tentò su tal dottrina una censura, la quale meno fondata di quella di Duranton, almeno era meglio ragionata. Egli dice in sostanza, che il dritto di disporre dell'usufrutto del quarto riserbato all'ascendente essendo uno estremo rimedio aperto in solo vantaggio del conjuge, non se ne poteva fare uso quando si avevano altri espedienti; che si po-

(1) Lione, 29 gennaro 1824; Rig., 3 genn. 1826; Rig., 18 nov. 1840; Rig., 20 dic. 1847, (Devill., e Car., 1841. I. 90; *J. du Pal.*, t. II de 1840, p. 648; t. I de 1848; p. 388).

teva donare tale usufrutto al conjuge quando vi si donasse tutto il disponibile; che donarlo nel punto stesso in cui ad un terzo si donava l'intero disponibile ordinario, era lo stesso che far profittare di altrettanto quest'ultimo, sulla liberalità del quale il donante avrebbe preso l'usufrutto, se l'art. 1094 (T) non fosse stato. Ma era un errore non meno palpabile, avvegnacchè se *io posso* donare al mio conjuge i tre quarti prima, ed inoltre l'usufrutto dell'ultimo quarto, io non vi sono *costretto*, e posso anche dandu i tre quarti al primo che si presenta secondo l'art. 915 (831), donare l'usufrutto dell'ultimo quarto al conjuge, secondo l'art. 1094 (T); posso distribuire il mio disponibile come vorrò, purchè non ecceda i limiti legali. Di più la Corte di cassazione con la decisione di sopra riferita del 1840 rigettava le conclusioni di Delangle.

Lo stesso Benêch tanto inclinato ad estendere la porzione disponibile, come abbiam veduto sotto l'art. 1094 (T), non si accosta pienamente al nostro avviso intorno alla regola qui da noi formulata. Egli insegna (p. 260 e seguenti) che vi sarebbe eccedenza rispetto all'estraneo, se lo sposo con tre figli avesse dato ad un tempo o la metà di usufrutto allo estraneo, e il quarto di nuda proprietà al conjuge, ovvero il quarto di usufrutto all'estraneo, e il quarto di piena proprietà al conjuge. Noi non potremo abbracciare quest'ultima idea. Vediamo la eccedenza nel primo caso in cui l'estraneo riceve una metà in usufrutto, dove gli articoli 913 e 917 (829, 833) permettono solo un quarto tanto per l'usufrutto che per la proprietà (vedi n. 366, paragr. 3;) ma non possiamo affatto vederla nel secondo caso in cui l'estraneo riceve solo il quarto dell'usufrutto. Cotesto sposo non può egli applicare insieme la disposizione, con dire di prendere prima nell'art. 913 (829) il quarto di usufrutto che dà allo estraneo, e poi dà al conjuge il quarto di nuda proprietà che resta in esso art. 913 (829) e poi il quarto di usufrutto offertogli dall'art. 1094 (T) e in questo modo compone egli il quarto di piena proprietà del conjuge? Non è questa la spiegazione che bisognerà sempre dare secondo la regola che un atto debba intendersi *potius ut valeat quam ut pereat*?

365. Ci sembra dunque certo che non può farsi mai riduzione, quando ciascuna delle due liberalità non ecceda i limiti della porzione rispettiva, e la riunione delle due non ecceda la quota maggiore, quella dell'estraneo è anteriore o contemporanea a quella del conjuge. Ma sarà pur così (sempre nella ipotesi in cui la maggiore sia la quota speciale del nostro capitolo), quando la liberalità del conjuge sarà anteriore a quella dello estraneo? Così se uno sposo con tre figli ha prima donato alla moglie, madre di essi, il quarto del suo patrimonio, e dona poi ad un estraneo un quarto in usufrutto; è dessa valida tal seconda liberalità? ovvero egli ha donato prima alla moglie una metà in usofrutto, e poi dona all'estraneo un quarto di nuda proprietà; deve conservarsi la seconda disposizione? Moltissimi giureconsulti rispondono del sì; ma altri, e insieme con essi la costante giurisprudenza della Corte Suprema, han giudicato negativamente (1).

È questo uno dei punti più difficili del Codice civile. Ma ciò non isgomenti; vediamo se si possa giungere ad una teoria semplice e insieme soda.

366. Si può dire nel primo caso; 1, che l'ordine in cui le due liberalità sono state fatte, è di poco momento per determinare la quota disponibile di una persona; e quello che ha potuto donare disponendo per un estraneo prima, e pel conjuge dopo, ha potuto egualmente donare primo al conjuge e poi all'estraneo; 2, che in vero il disponibile ordinario è stato aumentato dall'art. 1094 (T) in favore del conjuge, e quindi a lui soltanto può applicarsi cotesto articolo, ma la liberalità fatta a lui deve naturalmente riputarsi fatta

(1) Corte di cassazione, 7 genn. 1824, 21 marzo 1837; 24 giugno 1839; 22 nov. 1843; 21 ottob. 1846; 7 marzo 1849 (Dev., 37, 1, 273, 39, 1, 633; 44, 1, 39, 49, 1 338).

secondo l'art. 1094 (T) (e lasciando libero il disponibile ordinario) tanto se prima che se ultima di data. Dall'altra banda si risponderà, 1, che le date giovano moltissimo nella nostra materia, dacchè l'autore delle liberalità, può ancora, ovver no disporre secondo che il disponibile sia o pur nò esaurito, e su tal principio fondasi l'art. 923 (840), il quale fa ridurre la liberalità per ordine di date: 2. che è contrario all'ordine naturale delle cose il dare il *supplimento del disponibile* (cioè il disponibile speciale dell'art. 1094 (T) che merita maggior favore) prima dello stesso disponibile, e di prendere il fondo di riserva prima dei mezzi ordinari; quindi la prima liberalità dovrà sempre imputarsi sul disponibile dell'art. 913 (829 M) o si fa al conjuge o allo estraneo, ed esaurito il disponibile ordinario (anche in vantaggio del conjuge) resterà solo il credito straordinario dell'art. 1094 (T) che non è aperto per lo estraneo.

Sembraci pertanto evidente esser queste le vere idee, e che in principio bisogna seguirle come ha fatto sempre la Corte Suprema. Ma diciamo non esser tal principio sempre applicabile, e la decisione a nostro avviso dover dipendere da una capitale distinzione che deriva tanto dai termini che dallo spirito dell'art. 1094 (T), la qual distinzione non è stata a quanto pare osservata nè dalla Corte di cassazione, nè da Benêch, Valette, Pont ed altri che han combattuto le decisioni di quella.

Confrontata attentamente la disposizione dell'art. 1094 (T) con quella degli art. 915, 917 (829, 833), si nota una differenza, relativa al disponibile in usufrutto di non poco valore per la quistione che trattiamo. Nei casi degli art. 913, 917 (829, 833) il disponibile in usufrutto è il medesimo che quello in proprietà: chi può donare una metà in piena proprietà, non può donare in usufrutto che una metà, se il disponibile in piena proprietà sia di un quarto, non si può oltrepassarlo, quando pure si desse solo dell' usufrutto. Egli è vero, che essendo eccedente la disposizione d'usufrutto, non si può far la riduzione diretta, secondo le regole ordinarie; gli eredi possono soltanto non eseguire per nulla la disposizione, abbandonando il disponibile in piena proprietà. Ma qualunque sia qui la sanzione dell'eccedenza, ve ne ha certamente, quando si è dato in usufrutto più di quel che non poteva donarsi in proprietà, e la misura del disponibile in proprietà, è pur quella del disponibile in usufrutto (V. il numero 1 dell'art. 917 (833)). Non è così nel nostro art. 1094 (T); il disponibile in usufrutto eccede di molto quello in proprietà: il conjuge che abbia solo ascendenti, potendo donare in proprietà tre quarti, o una metà, potrà donare la totalità in usufrutto; e quello che abbia discendenti, potendo donare solo in proprietà un quarto, potrà donare in usufrutto la metà. Così il disponibile del capitolo III, quello del nostro capitolo IX, messa anche da parte la loro diversa misura secondo i casi, non sono prescritti dell'uguale maniera, non ne è la stessa l'indole: l'uno ha una sola misura che si applica tanto all'usufrutto che alla proprietà; l'altro ne ha due distinte per la proprietà, e per l'usufrutto.

367. Fermato ciò, torniamo alla quistione nostra, cioè, se nel caso in cui il disponibile del nostro capitolo è il maggiore, il coniuge che ne ha donato prima una parte all'altro coniuge, può donar poi la eccedenza ad un estraneo, purchè questa non ecceda il disponibile del capitolo III; in altri termini, se la donazione fatta al coniuge, abbenchè sia la prima, debba pagarsi col credito non ordinario, e tutto speciale del nostro cap. IX, rimanendo così liberi per l'avvenire i crediti ordinari del cap. III.

In principio, secondo noi abbiamo già detto, ci sembra dover rispondere del no, avvegnachè si debba aver ricorso ad un credito supplementario, allorquando sieno esauriti i mezzi ordinari; ha ben ragione in ciò la Corte di cassazione. Ma v'è un caso in cui sarà diversamente, perchè la natura stessa della disposizione dimostrerà essersi potuta soltanto prendere sul disponibile non ordinario del nostro capitolo; e

qui sembraci inesatta la giurisprudenza della Corte Suprema. Svolgiamo ad uno ad uno il principio e la eccezione.

368. Ecco da prima il principio: quando l'obietto della donazione fatta al coniuge può prendersi, tanto sul disponibile del cap. III, che su quello del nostro, ci sembra evidente, non ostante la contraddizione di molti giureconsulti, che fa uopo imputarli sul primo.

Così, il coniuge il quale avendo per sua erede legittimaria la madre, abbia donato fra vivi al coniuge i tre quarti del suo patrimonio, nulla potrà più donare ad un estraneo. Egli non ha certamente esaurito tutto il suo disponibile, e potrebbe donare ancora l'usufrutto dell'ultimo quarto; ma non può ad altri donare, che al coniuge. Direbbesi indarno, che il coniuge donati all'altro coniuge *tre quarti* in proprietà, ed *usufrutto* debba riguardarsi, perciò solo che donava ad un coniuge, come se prendesse uno dei tre quarti di usufrutto sulla porzione di beni riservata alla madre; quindi ha tolto sul disponibile ordinario tre quarti di nuda proprietà, insieme con *metà dell'usufrutto*, e donerà l'ultimo quarto in usufrutto, conforme all'art. 915 (831) siccome rimanente del disponibile ordinario, e potrà quindi attribuirlo a chi più gli piacerà. Cotal sistema non potrebbe sostenersi; avvegnacchè il supplemento di disponibile accordato dall'art. 1094 (T) (nella specie nostra, l'usufrutto dell'ultimo quarto dei beni) è certamente un estremo mezzo che si può usare mancando tutti gli altri; non potendosi donare quest'ultimo quarto di usufrutto fino a che si abbiano altre porzioni di usufrutto.

Senza fallo, non monta che gli altri tre quarti dell'usufrutto sieno stati donati prima, ovvero nel punto istesso (in ciò s'ingannava Delangle), sieno stati dati anche al coniuge, ovvero ad uno estraneo; ma non debbono ritenersi donando l'ultimo quarto.

Finchè resta un usufrutto nel patrimonio del donante, desso è necessariamente quello che l'art. 915 (831) riserva all'ascendente, e che solo il coniuge a lui può togliere. D'altra parte, da tutti si ammette che non si può mai far godere allo estraneo il beneficio dell'art. 1094 (T); le discrepanze incominciano quando si vuol conoscere, se questa o quella ipotesi farebbe o pur no trar vantaggio allo estraneo. Egli è palpabile che in questo caso ne vantaggerebbe l'estraneo, dacchè senza l'articolo 1094 (T) il coniuge che avrebbe così donato all'altro coniuge i tre quarti del patrimonio, nulla potrebbe più donare allo estraneo: *se cotesto art. 1094 (T) non esistesse, non potrebbe certamente darsi luogo alla vostra seconda donazione!*

Per siffatti motivi, se il coniuge con tre figli abbia dapprima donato un quarto del suo all'altro coniuge, nulla potrà donare ad altri, quantunque possa donare a quello un quarto di usufrutto. Imperocchè questo novello dono potrebbe farsi secondo l'articulo 1094 (T), ma allora non può ad altri farsi che ad un coniuge. Similmente, se il coniuge con tre figli abbia donato un quarto al coniuge soltanto in usufrutto, non potrebbe più donare allo estraneo che il quarto di nuda proprietà che resta disponibile secondo l'art. 913 (829), e non già il quarto di piena proprietà, di cui può anche disporre secondo l'art. 1094 (T).

In breve, quante volte la donazione fatta prima al coniuge possa imputarsi tanto sul disponibile ordinario, che sull'altro; quante volte sia valida, tanto secondo gli articoli 913, 917 (829, 833), quanto secondo il nostro capitolo, e che non sia necessario lo invocare questo capitolo, onde assicurargli il suo effetto; quante volte lo sposo possa donare secondo l'uno o l'altro dei due sistemi, allora, siccome il legislatore non ha potuto consentire che si prendesse dal supplemento eccezionale, o di rigore, quando sieno bastevoli i mezzi ordinari, la donazione necessariamente, legalmente (e quando pure il donante avesse detto il contrario) dee prendersi sul disponibile ordinario, e quindi non si potrà più donare ad un estraneo, se non quello che possa rimanere del disponibile, dedotta la cosa donata.

In principio adunque la dottrina della

Corte di cassazione, sembraci del tutto esatta, sebbene *ridicola* sia dichiarata da Valette (1).

368 *bis*. Ma allorquando la donazione fatta al coniuge non ha potuto per la stessa legge, essergli fatta, che con quella qualità; allorquando non ha potuto esser valida, che secondo il nostro cap. IX, ed unicamente perchè toccava il disponibile non ordinario, non vi ha necessariamente eccezione a tal principio, e non è allora impossibile che s'imputi sul disponibile degli art. 913, 917 (829, 833)?

Così, quando il coniuge con tre figli ha donato all'altro coniuge *la metà* dei suoi beni *in usufrutto*, la donazione certamente non può dirsi più legalmente fatta secondo gli art. 913, 917 (829, 833) e col disponibile ordinario, perchè secondo cotesti articoli si avrebbe potuto donare un quarto di usufrutto. La donazione è legalmente fatta in forza dell'art. 1094 (T) e col disponibile eccezionale del nostro capitolo. Dunque rimane libera al donante la parte del disponibile ordinario, che non è stata tocca dal dono del disponibile non ordinario; la qual parte che qui è un quarto di nuda proprietà, può donarsi poi a chi si vorrà. Ciò è evidente. Allorquando ho donato tal metà di usufrutto a mia moglie, un sol quarto ha potuto esserle dato per l'art. 913 (829) e l'altro quarto (non secondo la mia volontà, ma secondo le regole del Codice in forza dell'art. 1094 (T); ma avendo preso un quarto di usufrutto sul mio disponibile ordinario, ve ne trovo ancora un quarto di nuda proprietà. Dippiù si noti, non avere qui alcun peso l'argomento il quale sopra provava tanto bene, che la seconda donazione farebbe volgere l'art. 1094 (T) in vantaggio dello estraneo. Nè si può più dire: « la prova che voi ricavate in vantaggio dall'art. 1094 (T), si è, che *se desso non esistesse, non si potrebbe dar luogo alla vostra seconda donazione* ». Se l'articolo 1094 (T) non esistesse, qui sarebbe stata impossibile la prima donazione: il coniuge non avrebbe potuto ricevere metà di usufrutto, ma soltanto un quarto. Nè si dica che mancando l'art. 1094 (T) sarebbesi fatta ancora la prima donazione, che solo l'avrebbero impugnata i legittimarî, come eccedente i limiti dell'art. 913 (829), e sostituitovi, secondo l'art. 917 (833) il quarto di piena proprietà; il che avrebbe similmente reso impossibile qualunque altra posteriore liberalità. Coteste sono supposizioni gratuite, arbitrarie e del tutto illegali, avvegnachè voi non avete ragione, nè pretesto per dire, che quello che ha donato una metà di usufrutto, quando la leggu glielo permetteva, l'avrebbe similmente donato, quando la legge glielo avesse vietato. La prima donazione è dentro i limiti della legge, voi dunque non potete trarre argomento come se ella fosse eccedente.

(1) Valette ha trattato la quistione in modo legislativo, e non in modo giuridico. Ecco in qual modo egli combatte la interpretazione della Corte suprema. È desso, secondo lui « un sistema bizzarro che impedisce gli atti dell'affetto coniugale, multiplica le complicazioni e le difficoltà, e rende così inquiete le famiglie. La quota disponibile non si offre più allo spirito in modo semplice, sotto un aspetto facile a tutte le intelligenze. Il proprietario, il quale vuol pienamente usare del suo dritto di disporre, deve abbandonarsi a faticose combinazioni. Un tale che non ha figli, ma spera averne, dovrà attendere per collocare il figlio nasciture nel grado del primo donatario e procurarsi così la quota disponibile maggiore; ma spesso la morte mentre egli attende lo colpirà; cotalchè l'altro coniuge, a cui dovea esser fatta la donazione in secondo luogo, nulla avrà ricevuto ». (*Le Droit* degli 11 marzo 1846).

Non parrebbe che si fosse presente ad una tornata dell'Assemblea legislativa, e si sentisse la censura di un progetto di legge?

Eppure tanto il giureconsulto, che il magistrato non deve cercare se quel sistema sia o pur no buono in se, ma se desso, buono o cattivo, sia o pur no quello della legge. Potrebbesi rispondere all'articolo di Valette: tutte coteste vostre idee possono essere bellissime, ma non fanno per la quistione, *sed nunc non erat hic locus*. Un sistema del tutto ragionevole può essere anche una eresia come interpretazione della legge; e viceversa, un sistema per quanto bizzarro, ridicolo, e immorale fosse in legislazione, può essere esattissimo in dritto. Ne abbiamo un esempio nella malaugurata legge dei 21 giugno 1843 (V. il n. III dell'art. 1317 (1271).

Medesimamente, se il coniuge che avendo un ascendente abbia donato all'altro coniuge l'usufrutto di tutti i suoi beni, egli, secondo gli esposti principî, potrà liberamente donare a chi vuole i tre quarti di nuda proprietà che son disponibili conforme all'art. 915 (831) come se il coniuge avesse ricevuto soltanto i tre quarti di usufrutto dell'articolo 915 (831), e l'ultimo quarto restasse all'ascendente.

369. Or le sopra riferite sei decisioni della Corte Suprema, riguardano propriamente il caso d'una donazione fatta prima al coniuge soltanto in usufrutto: in tutte e sei, essendo la donazione dell'usufrutto di metà fatta al coniuge dall'altro che lasciava non più che tre figli; la Corte ha giudicato che il coniuge non abbia potuto disporre appresso del quarto di nuda proprietà. Noi per fermo opiniamo insieme con molti giureconsulti essere erronea tal dottrina (1); essendo arbitrario il trasformare in dono di proprietà un dono validamente fatto in usufrutto, un dono permesso espressamente in usufrutto dall'articolo 1094 (T), e che non può così mutar natura.

Quando pure la trasformazione e la valutazione dell'usufrutto in proprietà fosse nel sistema del Codice cosa semplice e naturale, e che dovrebbe farsi se fosse vantaggioso, non sarebbe certo qui da ammettersi; avvegnachè non sarebbe utile, anzi controvverrebbe sempre all'art. 1094 (T), e distruggerebbe di arbitrio i dritti del disponente, tranaturando la liberalità che egli potea fare, come ha fatto. Ma all'incontro il Codice, come dicono benissimo Benèch e Pont (*loc. cit.*), ha voluto proscrivere in generale e per quanto più si poteva questa valutazione; e affin di evitarla, l'art. 917 (833) anzichè assoggettare le liberalità eccedenti in usufrutto, alla riduzione diretta ed ordinaria, ha dato soltanto la scelta al riservatario, o di eseguirle per lo intero, o di sopprimerle affatto, rilasciando tutto il disponibile in proprietà. Ciò rende più strano ed illegale il sistema seguito dalla giurisprudenza.

Non è meno strana cotesta altra idea abbracciata egualmente dalla giurisprudenza, e che sembra molto ragionevole a Coin-Delisle (n. 18), di valutare invariabilmente l'usufrutto alla metà della proprietà; come se l'usufrutto costituito per una persona di 90 anni, o che versi sopra un podere che dia il due e mezzo, valesse tanto, quanto quello che appartiene ad un giovine di 25 o 30 anni, o che versi sopra un immobile che produca il cinque o sei per cento.

Sembra evidente che la valutazione dovrà soltanto farsi quando sarà assolutamente indispensabile, e il valore dovrà determinarsi secondo le particolari circostanze di ogni specie.

370. Riassumendo il fin qui detto, diremo: quando le due liberalità fatte una allo estraneo, e l'altra al coniuge, non oltrepassino riunite insieme il maggiore disponibile, e nessuna di esse oltrepassi il suo proprio, sono entrambe del tutto valide; 1° quando sieno fatte insieme, 2° quando quella dello estraneo preceda quella del con-

(1) *Specialmente* Benèch (pag. 300 433); Pont (*Rev. de leg.*, XIX, pag. 260); Dalloz (1839, 1, 289); Devill. (VII, 1, 363); Valette (*Le droit*, 11 marzo 1846. — Noi abbiamo citato sei decisioni della Corte suprema, quella degli 11 luglio 1813 citata presso nello stesso senso era in un altra specie, e ci sembra irreprensibile se non in tutti i suoi motivi, almeno nel merito. Il caso era di un usufrutto di metà dei beni donati ad un secondo coniuge da una moglie che avea figli del primo matrimonio; esso dunque era regolato dall'art. 1098 (1052 M) il quale non permette di donare più del *quarto* sia in proprietà, sia anche in usufrutto. V'era quindi eccedenza in tal donazione di metà; e siccome essa era un semplice usufrutto, l'articolo 917 (833) permetteva, o anzi imponeva di trasformarla in donazione della proprietà del disponibile, cioè del quarto; e da altra parte la donatrice lasciava tre figli, e il quarto disponibile pel secondo coniuge, era il solo disponibile per tutti gli altri, ben si son dichiarate nulle tutte le posteriori liberalità. Secondo la nostra dottrina al contrario, sono perfettamente esatte quelle decisioni profferite nelle specie in cui il dono fatto primieramente al coniuge potesse imputarsi tanto sull'uno, che sull'altro disponibile, le quali decisioni insieme colle altre da noi citate sono pure state riprovate dagli scrittori.

iuge. Ma se quella del coniuge abbia preceduto l'altra dello estraneo, è d'uopo distinguere: se il dono fatto prima al coniuge sia tale da imputarsi tanto sull'uno che sull'altro disponibile, s'imputerà tutto *intero* sul disponibile ordinario, di maniera che se fosse pari, lo estraneo nulla potrebbe più ricevere, quand'anche restassero valori disponibili secondo il nostro capitolo; se al contrario il dono del coniuge abbia potuto validamente farsi secondo le regole eccezionali del nostro capitolo, s'imputerà sul disponibile ordinario non già per l'intero, ma per quella parte che fosse lecito di donare giusta gli art. 913, 916 (829, 832).

Notiamo del resto, che le due liberalità non sono successive, nè l' una anteriore all'altra, se non quando una di esse almeno è fatta per donazione fra vivi; ovvegnachè se ambedue son fatte per testamento, hanno per data la morte del testatore, essendo il testamento durante la vita del suo autore un progetto che diviene disposizione per la morte di quello (art. 895 (815), n. III).

Di che sorge che la liberalità fatta per donazione sarà sempre anteriore a quella scritta in un testamento, quand'anche questo fosse stato scritto prima.

371. Dobbiamo ora dire, per rispondere ad una quistione che alle volte s'è fatta, che se una prima donazione fatta a chi può solo ricevere la quota minore, sia eccedente, ed abbracci la quota maggiore, quello che ha dritto alla maggiore potrebbe ricevere, e farsi rilasciare quel che dev' essere ritolto dalla prima donazione, o per dir meglio lo equivalente di ciò che deve essere ritolto? Così, il padre di tre figli dà ad un estraneo la metà dei suoi beni e lega alla madre di essi *ciò che la legge consente poter donare*; la moglie potrà pretendere un quarto di usufrutto, perchè la prima liberalità ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà. Similmente, se il padre di unico figlio abbia donato prima alla moglie la metà dei suoi beni in proprietà, lo estraneo cui avrebbe poi legato *quello di cui può ancora disporre*, avrebbe dritto a un quarto di nuda proprietà, perchè la donazione ha potuto solo legalmente versare sopra un quarto di proprietà, ed un altro di usufrutto. Vana obiezione sarebbe, conforme all'art. 921 (838), che il legatario non possa domandare la riduzione nè vantaggiarsene se sia fatta; avvegnacchè egli non chieda qui la riduzione, nè voglia che sia menomamente fatta, ma solo che sia eseguita la sua liberalità, rilasciato il suo legato. Non vuole che si faccia riduzione (il che non gl'importa); *bisogna avvertire* che l' erede può far ridurre se vuole; e che la donazione lascia ancora per lui legatario un disponibile che dall' erede non può essere negato. (Ved. art. 921 (838), n. III; art. 457 (482) il n. III).

III. — **372.** A terminare questa importante e difficile materia ci resta solo ad esaminare in che modo essendovi eccedenza debba farsi la riduzione delle liberalità fatte in un tempo al coniuge e ad estranei. Parliamo solo di quelle fatte ad un tempo, le quali hanno la stessa data, cioè che sono scritte in un solo atto di donazione, ovvero in testamenti o in un solo o in più; perchè tutte le disposizioni testamentarie in qualsia tempo scritte hanno sempre per data la morte del testatore. In fatti, per le altre che hanno date diverse, risultando ciascheduna da una donazione fra vivi e speciale, non potrebbe esservi difficoltà : si applicheranno le regole sopra sviluppate. — Ma quando le liberalità hanno la stessa data, ed essendo ciascuna ristretta nei suoi limiti propri, oltrepossino riunite insieme il maggiore disponibile, in qual maniera dovrà farsi la riduzione? Si farà unica operazione riducendo tutte le disposizioni a un tempo e in proporzione secondo la maggior porzione disponibile; ovvero si dovranno fare più operazioni, dimodochè la liberalità del coniuge, e quella dello estraneo sieno ridotte ciascheduna secondo la sua rispettiva porzione?

È questa una quistione di molto interesse, la quale non è stata abbastanza dagli scrittori rischiarata. Il più di essi sem-

bra che non abbiano compresa la difficoltà che presenta.

373. Toullier (V-872) insegna come cosa semplice e che vada da sè, che si dovrà sempre fare una sola operazione riducendo in proporzione in una volta tutto le liberalità colla medesima data secondo gli articoli 923-926 (840-843); fa del resto osservare, che ciò che sarebbe donato in usufrutto, dovrà esser prima valutato in proprietà affinchè l'oggetto di tutte le liberalità costituisse una massa totale, e d'una sola natura (cosa indispensabile). Così un uomo con un figlio del primo matrimonio lega alla seconda moglie un quarto, ed una metà allo estraneo; supponendo un patrimonio di 48,000 fr. il primo legato di 12.000 fr. e il secondo di 24 mila. — Secondo Toullier, essendo la massa dei legati di 36,000 fr. mentre il maggior disponibile era di 24,000, ciaschedun legato dovrà ridursi di un terzo, cotalchè la moglie avrà 8,000 fr. e l'estraneo 16 mila. — Similmente, se uno sposo con tre figli abbia donato un quarto ad un estraneo, e a sua moglie (madre di quei figli) un quarto in proprietà ed un quarto in usufrutto (e per ipotesi valga l'usufrutto la metà della proprietà), si dirà che essendosi dal testatore legato alla moglie un quarto e mezzo, ossia 18,000 fr. e allo estraneo un quarto offre 12,000 fr. insomma 30,000 fr. mentrechè il disponibile maggiore era di 18,000, le liberalità oltrepassano il disponibile di 12,000, del qual valore i due legati debbono in proporzione venir ridotti; la moglie dunque avrebbe 10,800 fr. e lo estraneo 2.200. — Questo sistema che applica puramente e semplicemente l'art. 926 (843) e in cui si procede come se il disponibile fosse il medesimo pei varî legatarî, non presenterebbe alcun dubbio. — Ma esso non può ammettersi. Essendo il disponibile diverso per ciascuno dei legatarî, non si può procedere come se fosse lo stesso per ambedue. Quando a lato di un estraneo che può ricevere una metà, sta un coniuge che può ricevere un quarto, non è conforme alla legge che si faccia la riduzione come se il coniugo potesse anche ricevere una metà; ed eziandio per la seconda specie, è contrario alla legge che lo estraneo che poteva ricevere un quarto, sia ridotto secondo il disponibile di un quarto e mezzo.

Grenier (n. 585) nella sua prima edizione professava la stessa dottrina di Toullier, ma se n'è allontanato nella seconda, in cui non ben svolgendo il suo pensiero dice, che bisogna « regolare ciò che *ciascuno* deve avere secondo quel che la legge permette donargli » fondandosi su due decisioni di Torino e di Agen che egli credeva abbracciassero questa novella dottrina; nella terza edizione torna all'antica idea, perchè le osservazioni di Toullier, secondo egli dice, gli aveano dimostrato che quelle due decisioni non contenessero la dottrina che vi avea scorto.

Delvincourt, che giudicava con maggiore indipendenza, e si formava l'idea senza la dottrina delle decisioni, insegna formalmente doversi riguardare i due donatarî come concorrenti fra loro fino al valsente della porzione disponibile che ad essi è comune, e il rimanente appartenere a quello in favore di cui è stabilita la maggiore disponibilità (cap. 1, sez. 3, § 1, nota). In tal sistema, quando il padre di tre figli che lascia un patrimonio di 40,000 fr. ha legato ad un estraneo 12,000 fr. e alla moglie 18,000, si direbbe il disponibile comune a due legatarî essere del quarto, ossia 12,000 fr. e facendo la riduzione secondo tal disponibile, la moglie avrà 2,200, e lo estraneo 4.800, e rimanendo un mezzo quarto (il quarto di usufrutto, supposto sempre che esso valga una metà della proprietà) disponibile solo per la moglie, costei prenderà 6.000 fr. dippiù senza che lo estraneo possa avervi parte. — Così il sistema di Delvincourt darebbe alla moglie 13,200 fr. anzicchè 10,800. e allo estraneo soltanto 4.800 in luogo di 7,200.

Duranton (IX-792) con un regolare procedimento tratta la quistione nelle sue tre prime edizioni, non appigliandosi ad alcun partito. Nel testo espone la opinione di Toullier come se egli la seguisse; poi in nota

conchiude che lo estraneo non debba mai vantaggiarsi di quel maggiore disponibile che è dato dall'art. 1094 (T). il che è secondo la dottrina contraria di Delvincourt. — Ma nell' ultima edizione il dotto professore ha tolto l'ultima frase della nota, e sembra che adotti la falsa opinione di Toullier.

Coin-Delisle (n. 18) presenta lo stesso sistema, senza osservazioni, e senza neppur sospettare la controversia di questo punto. Duvergier infine, nelle sue annotazioni sopra Toullier non fa motto sulla quistione che merita l'attenzione dei giureconsulti.

374. Dei due sistemi il primo a nostro avviso non può affatto ammettersi; il secondo con una grave modificazione. E dapprima, la dottrina di Toullier, Grenier, Coin-Delisle e Duranton non è dessa illegalissima? Voi non potete ridurre secondo un solo disponibile quando la legge ne pone due; nè mantenere fino alla concorrenza di metà dei beni i legati che posson solo valere fino al quarto, e far godere ai legatari di un disponibile stabilito per altri.

Fa mestieri dunque necessariamente, come insegna Delvincourt, ridurre in proporzione tutti i legati secondo il minore disponibile, il solo comune a tutti, affin di riservare l'eccedente ai legatari del disponibile maggiore.

Ma se il primo sistema dà troppo al donatario della quota minore, bisogna anche procedere in modo che il secondo non gli dia troppo poco; il che avverrebbe nel sistema di Delvincourt applicato puramente e semplicemente. Quando il coniuge con un figlio ed un patrimonio di 48,000 fr. lega alla seconda moglie 12,000 fr. e 34 mila ad un estraneo, è necessario, onde non dare alla prima oltre ciò che le spetta, ridurre prima i due legati secondo il disponibile di un quarto e non già secondo l' altro di metà. Ma supponendo per poco che il disponibile dello estraneo sia di un quarto anzichè di metà, deesi pertanto, affinchè non gli si dia troppo secondo questo primo calcolo, fare per uno istante una riduzione proporzionale alla somma del legato e supporre che desso sia di un quarto anzichè di una metà, di 12,000, anzichè di 24,000. In tal modo, invece di dare sul primo quarto 8,000 allo estraneo e 4,000 soltanto al coniuge, ed aggiungere poi alla parte del primo i 12,000 franchi che formeranno soltanto il secondo quarto (il che farebbe 20,000 franchi per l'uno, e 4,000 per l'altro). Si daranno a ciascuno sul primo quarto 6,000 franchi, in modo che la moglie avrà 6,000 franchi e lo estraneo 18,000.

375. Di leggieri si comprende qual sia il nostro sistema, e la differenza del risultamento che produce. Il sistema al postutto è meno complicato di quel che pare: prendere per poco come base della riduzione il disponibile minore, per tutte le liberalità comprese quelle che hanno un dritto al disponibile maggiore, ma s' imprima anche per poco a queste ultime liberalità una diminuzione proporzionale a quella data ai loro disponibile; fatta così la riduzione fra tutte le liberalità, il risultamento, definitivo per quelle che han dritto al minor disponibile, e provvisorio soltanto per le altre, si compie dividendo fra queste ultime la parte del disponibile non per anco impiegata.

La differenza dei risultamenti si vedrà in un esempio che porremo per far meglio comprendere i tre sistemi: un padre con un figlio ed un patrimonio di 80 mila franchi ha legato 20,000 alla seconda moglie, 20,000 a Primo e 40,000 a Secondo.

Nel sistema di Toullier si dirà che essendo di 40,000 franchi il disponibile maggiore, ed avendone il defunto legato 80 mila, ciascun legato deve ridursi di metà, cotalchè *si daranno 10,000 franchi alla moglie, 10,000 a Primo, 20,000 a Secondo.*

Nel sistema di Delvincourt si ridurranno i legati (lasciandoli tutti quali sono) secondo il disponibile minore che è il quarto, onde si daranno 5,000 alla moglie, 5,000 a Primo, 10,000 a Secondo; e i 20,000 che rimangono disponibili si divideranno fra Primo e Secondo in proporzione dei loro legati, cioè un terzo ovvero 6,666 fr., 66 centesimi per uno, e 13,333 franchi,

33 centesimi per l'altro; dimodochè alla fine *si daranno 5,000 franchi alla moglie 4,666 fr. a Primo e 23,333 franchi a Secondo.*

Nel nostro sistema (credendo noi che il primo calcolo dia troppo alla moglie, e il secondo troppo poco) supposto da una mano per un momento che il disponibile di Primo e di Secondo sia di un quarto, e scemandolo per poco di metà, si scemeranno parimente di metà le loro due liberalità (sempre per un momento). Si dirà dunque: i due legati di Primo e di Secondo, supposti di 10,000 e di 20,000 franchi, riuniti insieme con quello di 20 mila fatto alla moglie formano 50,000, di cui il minore disponibile (20,000 franchi) rappresenta i due quinti; ciascun legato adunque deve ridursi a due quinti del suo valore presente, per cui si dà 8 mila franchi alla moglie, 4,000 a Primo e 8,000 a Secondo. Fatta tale operazione, resta un disponibile di 20,000 franchi di cui bisogna dare il terzo (6,666 franchi, 66 centesimi) a Primo, e i due terzi (13,333 franchi, 33 centesimi) a Secondo, in modo che alla fine *si daranno 8,000 franchi alla moglie, 10.666 franchi a Primo, e 21,333 a Secondo.*

I 10.000 franchi che secondo il sistema di Toullier si assegnerebbero alla moglie, e secondo quello di Delvincourt si ridurrebbero a 5,000, saranno ridotti al 8,000 secondo la nostra dottrina.

SUNTO DEL TITOLO SECONDO

DELLE DONAZIONI

I.—La donazione, come dalla stessa etimologia del nome, *dono datio* ci viene indicato, è una alienazione a titolo gratuito.

Distinguonsi due grandi classi: le donazioni fra vivi o *Donazioni* specialmente chiamate; e le donazioni per testamento o sia *Testamenti*.

Indicate nel primo capitolo le regole generali e preliminari che alle due maniere di disporre si applicano, discorreremo specialmente delle donazioni nel secondo capitolo, e dei testamenti nel terzo, ed esporremo nel quarto ed ultimo i principî di alcune liberalità che offrono una indole particolare, e che si fanno indistintamente nell'una o l' altra maniera di disporre, intendiamo parlare delle sostituzioni fedecommissarie, delle divisioni fatte dagli ascendenti fra i loro discendenti.

CAPITOLO PRIMO

REGOLE PRELIMINARI COMUNI ALLE DONAZIONI E AI TESTAMENTI

II.—I principî che qui abbiamo a svolgere si riferiscono specialmente 1° alla capacità di disporre o di ricevere gratuitamente, 2° alla quota dei beni di cui a titolo gratuito si possa disporre.

SEZIONE PRIMA

DELLA CAPACITÀ DI DISPORRE O DI RICEVERE A TITOLO GRATUITO

III.—In principio tutte le persone son capaci a disporre e a ricevere tanto per donazioni fra vivi, che per testamento; essendo soltanto incapaci quelle che tali son dalla legge dichiarate (art. 902 (818)).

La capacità e la incapacità di donare chiamansi alle volte *attive*, in opposizione a quelle di ricevere, dette *passive*.

La incapacità attiva o passiva non è sempre dell'indole medesima. Essa forma ora un difetto completo di capacità, e trae quindi la nullità assoluta della donazione o dell'acquisto, che non hanno alcuna esistenza legale; ora al contrario la incapacità è solo imperfetta, e rende semplicemente annullabile l'atto, il quale benchè viziato, esiste, e può anche diventar pienamente valido se nei termini voluti non si domanda che annulli.

Esaminiamo distintamente 1° Le incapacità di donare, 2° le incapacità di ricevere, senza intralasciare in ciascuna di queste due classi la importante distinzione che abbiamo indicato.

§ 1.—*Della incapacità di disporre.*

IV.—Sono pienamente incapaci di disporre le persone, che non hanno al presente l'uso della loro ragione; la quale regola è qui applicabile in tutta la sua estensione, e senza quella modificazione che riceve negli atti a titolo oneroso.

Vedemmo nel sunto del titolo *della maggiore età* (n. VI, § 4) che l'annullamento di un atto a titolo oneroso non può essere più domandato per demenza del suo autore, quando questi sia morto senza che durante sua vita si sia domandata la interdizione. Or cotesta regola non è applicabile agli atti gratuiti; ed essendo riconosciuto che la disposizione è stata fatta da un uomo che non avea in quel punto sana la mente, non montando se fosse egli o pur no interdetto, se la demenza abituale o momentanea, se provenisse da questa o quell'altra causa quella disposizione sarà assolutamente nulla (art. 901 (817)).

Il parosismo della collera può non di rado far perdere il senno per qualche momento, e secondo il già detto sarebbe nulla la donazione che in quell'ora si farebbe; ma non può dirsi, come già un tempo, nulla qualunque donazione fatta per cagion di collera, di odio, di vendetta, non ammettendosi dal nostro Codice l'azione *ab irato*. Non si ammette nemmeno come principio d'incapacità del disponente, e di nullità dell'atto la suggestione o la captazione; ma se i beneficati avessero adoperato mezzi fraudolenti per suggerire le proprie idee al disponente, o captare la sua benevolenza, potrebbe alle volte secondo la gravezza delle circostanze farsi annullare l'atto per errore o dolo conforme ai principj generali che saranno esposti nel titolo seguente. Ma sempre secondo i medesimi principj sarebbe questa una causa che renderebbe annullabile l'atto, ma non già nullo radicalmente, come per difetto di senno *(ibid.)*.

Abbiam detto che il difetto di senno forma sempre e necessariamente la piena incapacità del disponente, senza riguardare se vi sia o pur nò interdizione. Ma non è indifferente l'esservi interdizione, dacchè essa produce per se stessa la incapacità di secondo ordine di cui sopra parlammo.

La disposizione fatta da un interdetto in un lucido intervallo, sarebbe dunque annullabile entro i dieci anni che corrono dal giorno che la interdizione è stata tolta *(ibid.)*.

V. — Altra causa d'incapacità assoluta trovasi nella minore età del disponente. Il minore, emancipato o pur nò, ma che non abbia compinto i sedici anni, è incapace di fare alcuna disposizione gratuita; compiuta quella età egli può disporre per testamento, e soltanto della metà di ciò che potrebbe donare se fosse maggiore. A cotal regola si fa eccezione per la donazione fra vivi, che il minore farebbe al coniuge per contratto di matrimonio, essendogli ciò permesso in qualunque età (art. 903, 904 (819, 820)).

VI.—La donna maritata è incapace di far donazione fra vivi se non se col consenso del marito o l'autorizzazione giudiziale, anche quando fosse separata di beni, e la donazione riguardo le sue cose mobili, avvegnacchè ella abbia soltanto dritto di alienarle pei bisogni della sua amministrazione. Cotal regola è l'applicazione della incapacità generale

di alienare, cui va soggetta la donna maritata, e che genera una nullità relativa; quindi la donazione fatta senza autorizzazione potrebbe semplicemente annullarsi durante il decennio dal giorno che si è sciolto il matrimonio. Per fare il testamento la donna maritata non ha d' uopo di autorizzazione (art. 905 (821)).

VII.—Parlando ora del sordo-muto, diciamo che tacendo la legge intorno alla capacità di lui, non possiamo certamente dichiararlo incapace; ma siccome il disponente dee compire le forme richieste o per la donazione o per il testamento, e che l' atto senza tali forme sarebbe nullo, e come non avvenuto, così ne conseguirà che il sordo-muto il quale non sapesse scrivere, sarebbe a un dipresso come se fosse personalmente e assolutamente incapace.

VIII.—Così per riassumere il paragrafo,

Sono colpiti di assoluta incapacità. 1° tutti quelli che non hanno al presente l' uso della ragione per qualunque sorta di disposizioni; 2° il minore che non abbia compito i 16 anni, anche per qualunque disposizione; quello da 13 a ventuno anno per la donazione; e nel testamento, per quel che eccedesse la metà dei beni disponibili; 3° il sordo-muto che non sappia scrivere, per qualunque disposizione;

Sono colpiti di incapacità imperfetta 1° l' interdetto che gode della sua ragione quando egli dispone, per qualunque disposizione; 2° la donna maritata che non sia autorizzata dal marito, ovvero giudiziariamente, soltanto per la donazione.

§ 2. — *Delle incapacità di ricevere.*

IX.—L'incapacità di ricevere, siccome abbiamo già detto, è ora completa ed ora nò, come quella di disporre; il che significa che talvolta l'acquisto non si reca mai in atto, tale altra si compie, e può soltanto essere annullato.

Quelli che ancora non esistono son le prime persone pienamente incapaci di ricevere. Pure basta che il beneficiato sia concepito, affinchè possa raccogliere la disposizione; ma raccoglie sempre, purchè nascerà vitale. Il punto in cui bisogna essere stato concepito, è nel testamento quello della morte del testatore, perchè allora il testamento da progetto che era, diventa atto di disposizione; nella donazione che fosse accettata con un atto posteriore, è solo quello dell' accettazione, avvegnacchè il contratto si formi per il concorso delle volontà (art. 906 (822)).

Del resto vedremo nell' art. seguente, che alcune donazioni possono farsi per eccezione a tal regola a figliuoli non ancora concepiti.

X.—La legge temendo che un tutore abusando della sua posizione si procacciasse qualche liberalità dal suo pupillo, e rendesse illusorio l' obbligo del rendiconto, vien dichiarando che il tutore di un minore, qual che sia l'età di costui, ed anche quello che fu tutore di chi è divenuto maggiore (o con più ragione. di un minore) finchè non abbiano reso e fatto liquido il conto non possano ricevere alcuna cosa dal loro pupillo, o che fu tale, nè per donazione nè per testamento. Notiamo che la prescrizione di dieci anni a contare dalla maggiore età del pupillo, la quale pone il tutore al coverto da qualunque azione per rendimento di conti, e come se il conto fosse reso, lo torrebbe dall'incapacità di cui trattiamo (art. 907 (823)).

La regola si applica soltanto a tutti i tutori (o che furono) dei minori. Così il tutore officioso che si toglie il carico per un atto di beneficenza; il protutore che amministra nelle colonie i beni del pupillo dimorante in Francia o viceversa; il contutore che è risponsabile dell' amministrazione insieme con la moglie, sono tutti incapaci. Allo incontro non si applicherà cotal regola al tutore *ad hoc*, il quale non ostante il suo nome non è un vero tutore, nè amministra; nè al tutore surrogato, il quale è un sotto-tutore, e nemmanco amministra. La legge nemme-

no si applica, e con buona ragione, a colui che fu tutore di un interdetto; avvegnacchè non abbia potuto acquistare sull' animo di un infelice privo di ragione, l' ascendente tanto facile ad ottenersi sopra un fanciullo, nè potrebbe aversi il tutore ugualmente sospetto in faccia ad un uomo maturo, o ad un giovane inesperto (*ibid.*).

Da tal divieto vanno eccettuati i tutori, o quelli che furono, i quali sono ascendenti del disponente cui non rende sospetti la loro qualità (*ibid.*).

XI. — Per un motivo di analoga diffidenza, la leggu dichiara nulla in principio qualunque liberalità fatta da un malato, durante la malattia di cui è morto, al medico che lo abbia curato, o al ministro del culto che lo abbia assistito nella malattia. Bisogna abbracciare col nome di medico anche gli empirici e i ciarlatani, i quali fan mestiere di guarire gli ammalati; lo esercizio illegale non potrebbe certamente esser causa di favore, anzi è certo molto più a temersi la cupidigia in loro, che nel medico il quale esercita con licenza. Bisogna vi sia stato trattamentu, ossia una serie di cure; non bastando un semplicu consulto. Similmente, è necessario che il ministro del culto abbia adempito verso il malato tali uffici da potere esercitare un ascendente sull' animo di lui (art. 909 (825)).

Del resto, la regola non è applicabile al medico, al ministro che fosse coningo dell' ammalato. Tra coniugi l' ascendente non è solo a temersi in questo caso, ma in ogni giorno, in ogni ora. Doveva pertanto darsi per essi una regola continua, assoluta, indipendente da questa e quella qualità, e che garentisse tanto il marito contro la moglie, che questo contro quella; la quale regola indicheremo noi nella sezione III del seguente capitolo. La liberalità dunque sarà valida fra coniugi quando pure fosse avvenuto il matrimonio durante la malattia, tranne che non si provasse che il matrimonio sia stato contratto col fine di ottenere la liberalità, e di schivare così il divieto (*ibid.*).

Due eccezioni si fanno alla regola. — Sono valide dapprima le disposizioni remuneratorie fatte a titolo particolare, e che non oltrepassino i limiti di una semplice ricompensa, riguardate le sustanze del disponente. — L'altra eccezione è fondata sulla parentela. Se il malato non lascia eredi in linea retta, qualunque disposizione, anche universale, è valida in vantaggio del medico e del ministro che sia parente del malato in quarto o in più prossimo grado. Se il malato abbia eredi in linea retta, la disposizione è valida, quando sia di quelli il medico o il ministro (*ibid.*).

XII. — I comuni, i pubblici stabilimenti, e tutte le altre società che compongono un ente morale, non possono raccoglieru qual sia liberalità se non che con l'autorizzazione del Governo, il quale deve sorvegliare al mantenimento del dritto delle famiglie, e a prevenire il cumolo di grandi ricchezze nelle corporazioni. Per denaro o cose mobili che non eccedano il valore di 300 franchi, i prefetti danno l'autorizzazione; negli altri casi, è d'uopo vi sia un decreto del Presidente della repubblica (art. 910 (826)).

XIII. — La donna maritata la quale non può acquistare anche a titolo gratuito senza l' autorizzazione del marito, ovvero giudiziale, sarebbe incapace senza di essa a raccoglieru la donazione o il legato. Del rimanente, è questo un caso di incapacità imperfetta, cotalchè l' accettazione fatta così irregolarmente non sarebbe nulla dalla radice, ma potrebbe solo annullarsi se lo chiedano la moglie o gli aventi-causa di lei (art. 934 (858)).

La medesima regola è applicata alle disposizioni che fossero accettate da un minore emancipato, non assistito dal suo curatore (art. 935 (859)); non che a quelle accettate dal minore non emancipato e dall' interdetto, anzichè dai loro rappresentanti legali. Cotesti rappresentanti, per quanto riguarda ai minori, non sono qui soltanto i loro tutori; ma, anche pei minori emancipati, tutti i loro ascendenti, cui la legge espressamente conferisce il dritto di accettare solennemente

la donazione, e con più ragione un legato. Se non che tal facoltà non estendesi agli ascendenti di un interdetto in nome di cui la liberalità può essere regolarmente accettata dal solo tutore (*ibid.*).

Il sordo-muto può raccogliere sempre il beneficio di un testamento, avvegnacchè l'accettazione del legato non sia soggetta ad alcuna speciale forma. Quanto alla donazione, è d'uopo distinguere: egli può accettarla se sappia scrivere; altrimenti dev'essere accettata per lui da un curatore nominato dal consiglio di famiglia, essendo nulla e come non avvenuta l'accettazione che ne farebbe egli stesso. Adunque per la donazione il sordo-muto che non sappia scrivere, sarebbe senza il curatore come se fosse personalmente incapace di ricevere (art. 936 (860)).

XIV.—Riassumeremo le sopraddette regole senza ripetere le eccezioni fatte.

Sono affatto incapaci di ricevere: 1° quelli che non sono ancora concepiti quando si fa la disposizione, o che concepiti non nascerebbero vitali; 2° quegli che è, o fu tutore il quale non abbia ancora fatto liquido il suo conto, per tutte le liberalità fattegli da chi è, o fu suo pupillo; 3° i medici e ministri del culto che abbiano trattato o assistito alcuno nella malattia di cui è morto, per le liberalità fatte da costui durante la sua malattia; 4° i comuni, gli stabilimenti pubblici e le altre persone morali finchè non sieno stati specialmente autorizzati dal Governo; 5° da ultimo, e solo per le donazioni fra vivi, il sordo-muto che non sappia scrivere, non assistito da un curatore (non è questa una incapacità propriamente detta, e ad essa non si applicherebbe la regola che indicheremo nel seguente numero).

Sono non perfettamente incapaci, e quindi lo acquisto recasi in effetto, e può solo farsi annullare: 1° il pupillo e l'interdetto, i quali accettassero la liberalità invece dei loro rappresentanti legali che soli possono regolarmente farlo; 2° il minore emancipato che accetterebbe non assistito dal suo curatore; e 3° la donna maritata non autorizzata dal marito, o giudiziariamente.

XV.—Quando una disposizione fatta in apparenza a titolo oneroso in vantaggio di persona incapace di ricevere a titolo gratuito, si terrà come una donazione, ovvero quando una liberalità si farà a persona capace, affinchè da questa fosse rimessa ad una incapace; la disposizione così mentita o fatta a persona interposta sarà nulla, provate che sieno la simulazione o la interposizione, come anche se fosse provato che una liberalità è stata fatta a persona incapace per altro qualunque siesi mezzo indiretto.—Evvi pure un caso in cui la interposizione di persona presumesi di pieno dritto, cotalchè non è bisogno di prova, nè si può anche provare che non esista, cioè quando il donatario sia il padre, la madre, il coniuge ovvero il discendente di un incapace, e che al presente viva (art. 911 (827))

SEZIONE II.

DELLA PORZIONE DI BENI DISPONIBILE TANTO PER DONAZIONE CHE PER TESTAMENTO.

XVI.—Il patrimonio di ognuno dividesi dalla legge in due parti, l'una può darsi secondo che piaccia al proprietario; l'altra che gli è ritolta di mano, deve necessariamente trasmettersi ai suoi successori *ab intestato*. L'una chiamasi *porzione disponibile*, o *quota disponibile*; l'altra *porzione riservata*, *eredità riservata*, o semplicemente *riserva*.

Adunque qui non trattasi più della capacità della persona, ma della disponibilità dei beni, dimodochè le regole di tale sezione sono statuti reali, di cui le conseguenze, come vedemmo nel sunto del *titolo preliminare* (n. III—2 e 3 e n. IV), sarebbero molto diverse da quelle prodotte dagli statuti personali che compongono la precedente sezione. — Purnon-

dimeno le regole di disponibilità a cui giungiamo, influiscono moltissimo sopra una delle regole di capacità indicate nella sezione precedente; cioè della capacità di disporre (per testamento) del minore da 16 a 21 anno. La capacità di lui, essendo per una frazione del disponibile (la metà), sarà più o meno estesa secondo la estensione di quella, e seguirà tutte le variazioni che potrà presentare la porzione disponibile.

Esaminato di qual parte di beni un proprietario possa nei varii casi disporre, discorreremo dell'azione di *riduzione*, onde i successori *ab intestato* possano fare scemare le liberalità fatte dal loro autore di quello che avrebbe donato oltre la quota.

§ 1.—*Della porzione disponibile, e quindi della riserva.*

XVII.—La quota disponibile vien regolata giusta i varî sistemi, secondo che la disposizione si faccia 1° al figlio naturale del disponente, 2° al coniuge, 3° a qualunque altra persona. Distinguesi pertanto la quota disponibile ordinaria, la quota disponibile fra coniugi, e quella pei figli naturali.

1. Quota disponibile ordinaria.

XVIII.—La quota disponibile ordinaria è varia secondo la qualità e il numero degli eredi del defunto, di conseguenza solo dopo la morte del disponente si conosce, se abbia o pur no donato oltre la sua disponibile, se o pur nò toccato la riserva, ed anche se vi sia riserva nella sua eredità.

Non vi è riserva, se non quando la eredità è raccolta dai discendenti (legittimi, adottivi, ovvero naturali) o ascendenti legittimi; non ne hanno mai i collaterali, il coniuge e lo Stato.

Il disponibile è la metà dei beni, se il defunto lasci erede un sol figlio legittimo; il terzo, se due; il quarto, se tre o più. I nipoti o i discendenti più remoti hanno lo stesso dritto che i figli, non distinguendosi se vengano colla rappresentazione, ovvero di proprio dritto; ma in tutti i casi fan solo numero per quel figlio da cui discendono.—Di conseguenza, la riserva è la metà per un sol figlio (o i discendenti di lui), due terzi per due figli, e tre quarti per un maggior numero (art. 913, 914 (829, 830)).

Col nome di figli debbonsi qui comprendere non solo i figli legittimi o legittimati, ma anche gli adottivi, avvegnacchè un espresso testo accordi loro tutti i dritti ereditari del figlio concepito durante il matrimonio (*ibid.*).

I figli naturali han pure dritto a una riserva, quando anche concorrano con eredi legittimi. Infatti, il dritto del figlio naturale sulla eredità di colui che lo ha riconosciuto è uguale a quello del figlio legittimo, essendone una frazione, il terzo la metà o i tre quarti secondo i casi, ed egli quindi avrà una frazione della riserva che toccherebbe al figlio legittimo.

Se poi il defunto non lasci alcun erede legittimo il figlio naturale avrà la medesima riserva che gli stessi figli legittimi, essendo chiamato com'essi alla totalità della successione.

XIX. — Quando la successione del disponente sia raccolta da ascendenti, o vengano soli, ovvero in concorrenza con collaterali (ad esempio, il padre e la madre, o uno di essi insieme con collaterali privilegiati, ovvero qualunque ascendente di una linea con collaterali ordinari dell'altra) la riserva è immutabilmente stabilita ad un quarto di tutti i beni per gli ascendenti di ciascuna linea qual che ne sia il numero e il grado, dimodochè sarà del quarto se ve ne ha in una linea, e di una metà se in ambe.

Di conseguenza, la quota disponibile sarà una metà nel secondo caso e nel primo tre quarti (art. 915 (831)).

Questo dritto di riserva che spetta anche ai figli adottivi, e per una frazione ai figli naturali, non appartiene al padre, alla madre naturale, o di adozione. Nessun testo lo accorda al padre e alla madre naturale, nè si può loro accordare

per induzione dal dritto che i figli naturali hanno verso loro. Il genitore naturale merita meno favore del figlio di lui, essendo egli colpevole della tresca, e il figlio innocente. Inoltre non succede al figlio se non quando questi non abbia discendenti legittimi o figli naturali (*sunto precedente*, *n. XIV*, *XX*) mentre il figlio gli succede in concorrenza anche di figli legittimi. Or siccome non potrebbe vagarsi nello arbitrio, ed è necessario, essendo muta la legge, o negar per intero la riserva, o accordarla per intero, così bisogna abbracciare il primo partito, dacchè il secondo menerebbe a riguardare perfettamente il genitore naturale, come il legittimo, e a perdonare la bastardaggine in chi ne è colpevole, quando la legge ne punisce l'innocente.

Ciò è evidente pel padre e la madre adottivi; essendo espressamente dichiarato dalla legge, che non avranno il dritto di succedere allo adottato che nei beni che da loro provengono, e che fossero ancora nel patrimonio del defunto. Non hanno quindi alcun dritto su quelli di cui il defunto ha disposto, e quindi tutto è per costui disponibile.

Vedemmo infine nel precedente sunto (n. XI, *in fine*) che il dritto di riserva non potrebbe nemmeno appartenere per medesimezza di ragione agli ascendenti donanti con tal qualità.

Non essendo dovuta ai collaterali veruna riserva, è disponibile rispetto ad essi tutto il patrimonio, ond'è che in concorrenza di collaterali, e di ascendenti, questi preleveranno sulla parte di beni, di cui il defunto non ha disposto, tutta la loro riserva, innanzi che i collaterali possano prenderne la menoma parte.

XX.—Era un tempo molto controverso il conoscere quali fossero il disponibile, e la riserva per le disposizioni fatte soltanto in usufrutto. Non si poteva donare l'usufrutto se non se nei limiti in cui si poteva donare la piena proprietà: ovvero si poteva donare in usufrutto un valore uguale a quello di tutto il disponibile in proprietà?—Il Codice toglie di mezzo la difficoltà. In principio il disponente non può donare usufrutto o rendita, se non se nei limiti in cui può donare la stessa proprietà; ma l'erede non può far ridurre ad una quota minore la disposizione che ecceda quei limiti; essendo messo a partito di lui, o di eseguirla per intero, o di sopprimerla del tutto, facendo l'abbandono di tutto il disponibile in piena proprietà (art. 917 (833)).

Del resto, essendovi più eredi, ciascuno di loro è libero di sceglie re come gli piaccia, con dar l'uno per la sua parte l'usufrutto che forma l'oggetto della disposizione, e per la sua l'altro, la piena proprietà disponibile.

2. Porzione disponibile fra coniugi.

XXI.—Per le liberalità fatte fra coniugi è stabilita dal Codice una porzione disponibile speciale, talvolta minore, tale altra maggiore della ordinaria.—Sono liberalità fra coniugi, non solo quelle che si fanno durante il matrimonio, ma pur quelle che si fanno innanzi di maritarsi, o nel contratto di matrimonio, o in altro atto.

Quando il disponente non lasci eredi figli o discendenti, può donare al coniuge (o di un primo, o di un secondo, o di un terzo matrimonio) tutto ciò che avrebbe potuto donare ad un estraneo, e di più, l'usufrutto del rimanente (art. 1094 (T)).

Se lasci discendenti, è mestieri distinguere se il coniuge donatario sia o pur no il secondo autore di essi figli.

1. Se sia l'autore dei suoi figli, la legge la quale vuole che il coniuge possa sempre ricevere tanto che basti ai suoi bisogni, non vuole mai il *minimum* della disponibile ordinaria; ma siccome le liberalità eccedenti sono a temersi più fra coniugi che in favore di estranei, non permette nemmeno il *maximum*. La legge ha principalmente mira ai bisogni che può avere il coniuge, ed essendo essi indipendenti dal numero dei figli, il disponibile

è invariabilmente stabilito ad un quarto di proprietà, oltre un quarto di usufrutto, ovvero ad una metà soltanto in usufrutto (art. 1094 (T)).

Si è recentemente dubitato sulla estensione di questa regola del Codice, pretendendosi essere una quota facultativa che il disponente possa donare allorchè sia più considerevole del disponibile ordinario. Se non che tal sistema non regge a fronte dei lavori preparatori del Codice medesimo. Infatti, il Tribunato avea proposto di mutarsi la legge in tal modo che lo sposo « potesse sempre donare al suo coniuge quanto potrebbe ad un estraneo ». Ma tale proposizione fu respinta, essendosi dichiarato al Tribunato definitivamente per mezzo del suo relatore, « che il coniuge può solo avere un quarto di proprietà ed un quarto di usufrutto, ovvero una metà in usufrutto; e che ogni disposizione eccedente tal misura, sarebbe ridotta ». La stessa idea fu espressa al Corpo Legislativo dal commessario del Governo.

Si noti che qui le disposizioni di usufrutto soggiacciono alle stesse regole delle disposizioni sulla proprietà; diversamente dalla regola intorno al disponibile ordinario, per modo che oltrepassati i limiti legali, operasi la riduzione diretta, sì per le prime che per le altre, nè è data all'erede la scelta o di eseguire la disposizione per intero, ovvero di abbandonare tutto il disponibile in proprietà. Ancor questo è un punto rischiarato dall'istoria sulla compilazione del Codice.

Se il disponente doni « o un quarto di proprietà, o un quarto di usufrutto, ovvero una metà soltanto di usufrutto » senza dichiarare a chi ne conceda la scelta, se al beneficato o all'erede, ne nasce certamente una quistione intenzionale, un punto di fatto che i magistrati devono decidere secondo le circostanze.

2. Quando la liberalità facciasi da uno sposo che lasci figli e discendenti da uno o più precedenti matrimoni, il coniuge può esser considerato come un altro figlio, e ricevere una parte uguale a quella che resterà ai figli. Se per effetto di liberalità di anteparte, i figli fossero considerati inegualmente, non può avere una parte maggiore del figlio che prenderà il meno, e giammai ricevere più del quarto. Se non che quando i figli sieno morti ed i nipoti vengano alla successione di proprio capo, il coniuge avrà dritto sempre ad una porzione calcolata sul numero di quelli, e non sul numero de' nipoti (art. 1098 (1052)).

Quando lo sposo che abbia figli di un primo matrimonio, ne contragga successivamente degli altri, ciascuno de' nuovi coniugi non può ricevere la quota, di che trattasi, essendo essa il *maximum* che possa donarsi a tutti i diversi coniugi insieme. Così, se lo sposo che lasci figli di un precedente matrimonio, abbia donato al secondo coniuge, o una parte di figlio, o un quarto dei suoi beni, null'altro potrebbe donare al terzo coniuge. Il nostro antico dritto sanciva tale regola; ed i compilatori del Codice i quali si erano mostrati più severi vietando la donazione di più del quarto, in tempo non proibita, non solo non manifestarono il pensiero di raddolcire gli antichi principj per applicare il disponibile, ma dichiararono formalmente *mantenere* nel resto l'antico stato delle cose.

XXII.—Facciamoci ora a riguardare il disponibile fra coniugi ne' suoi rapporti col disponibile ordinario.

Gli è certo che le due quote non possono cumularsi; vale a dire che il disponente non può donare ad uno o più coniugi l'intero disponibile di cui parliamo, e donare altrui l'intera quota disponibile ordinaria. Tutte le diverse liberalità non possono oltrepassare le cifre del disponibile più largo che ora è l'uno, ora è l'altro. Inoltre potrebbe talvolta esservi un eccesso, quantunque tutte le liberalità non sorpassassero il più alto disponibile; il che avviene quando il maggiore disponibile sia quello del coniuge, come dimostreremo.

È notevole da principio, che quando il disponibile speciale pei coniugi sia maggiore dell' ordinario, l' eccedente del primo sul secondo può donarsi soltanto agli sposi, essendo un mezzo straordina-

rio, un supplimento di credito che serve unicamente nei casi e per le persone, cui è destinato.

Or quando il disponente doni prima agli estranei, gli è certo che dopo quelli un coniuge possa ricevere l'eccedente del disponibile speciale. Così, se il padre di tre figli abbia donato prima ad un estraneo il quarto dei suoi beni (tutto il disponibile ordinario), non v'ha dubbio che possa poi donare al suo coniuge un quarto di usufrutto, che è disponibile fra gli sposi oltre il quarto della proprietà.

L'imputazione si opera dell'ugual modo, checchè siasene detto (e la Corte Suprema l'ha riconosciuto) allorchè le svariate liberalità si facciano a un tempo. Così, se un padre di tre figli attribuisca con la stessa donazione un quarto in piena proprietà ad un estraneo, ed un quarto d'usufrutto alla moglie, non si può con dritto affermare che se pure il quarto d'usufrutto non fosse permesso alla moglie per una regola speciale, il disponente glielo avrebbe del pari donato, prendendolo sul disponibile ordinario, e riducendo così l'estraneo ad avere un quarto di nuda proprietà. Tale interpretazione sarebbe di arbitrio, contraria dalla volontà del disponente..... Chi può dire che questi non inclinasse a donare assolutamente, come ben ne avea il dritto, il quarto in piena proprietà all'estraneo? Chi può dire ancora che non preferisse la donazione dell'estraneo a quella del coniuge? In ogni caso, essendogli tutte e due le donazioni permesse, non se ne potrebbe annullare una con semplici supposizioni, prive affatto di fondamento.

Se non che quando la donazione del coniuge siasi fatta prima, non potrebbesi (almeno per principio) imputare sul disponibile speciale, finchè poi il disponente possa donare il disponibile ordinario ad estranei; avvegnacchè le spese debbano prendersi prima su' crediti ordinari, e nel solo caso che questi non bastino, si può disporre di quelli di supplimento. Quindi la donazione fatta al coniuge, sarà imputata prima sul disponibile ordinario, per modo che se questo si esaurisca, nulla sarebbe qualunque posteriore donazione ad un estraneo.

Così, quando il disponente (supponendo sempre tre figli) abbia con un primo atto donato un quarto d'usufrutto alla moglie, e con uno posteriore un quarto di piena proprietà all'estraneo, la seconda liberalità deve ridursi a un quarto di nuda proprietà (benchè riunita alla prima, non oltrepassi il più forte disponibile)...

La donazione del coniuge essendo la prima, deve esser imputata sul disponibile ordinario, il quale per tal modo dopo la donazione fatta allo estraneo, offre solamente un quarto di nuda proprietà... La seconda donazione in questo caso non potrebbe sostenersi per intero, senza far vantaggiare l'estraneo del credito straordinario stabilito soltanto per la moglie. Di che è prova che senza tal credito la seconda donazione non poteva farsi in quel modo, ma solo del quarto di nuda proprietà.

Sarebbe ben diverso il caso, se la prima liberalità si fosse fatta secondo le peculiari regole del disponibile fra coniugi. Allora per la stessa forza delle cose questa parte imputasi sul disponibile straordinario, quantunque la donazione siasi fatta prima. Così, quando il disponente abbia donato prima alla moglie metà in usufrutto, e più innanzi un quarto di nuda proprietà all'estraneo, le disposizioni dovranno ambedue conservarsi... Mal si direbbe (benchè sia questo il sistema della Corte Suprema) che se il beneficio speciale del coniuge non esistesse, la fattagli donazione della metà d'usufrutto sarebbe eccessiva, e trasformata per l'erede in un quarto di piena proprietà; che per tal modo il disponibile ordinario si sarebbe per intero esaurito, e quindi la seconda donazione non potevasi fare.

È questo evidentemente un sofisma. Quando il disponente ha fatto un atto permessogli, non si può dire certamente che anche proibito lo avrebbe sempre fatto. Donando metà di usufrutto, ha fatto quel che la legge gli permetteva, l'atto è legale, e tale deve ritenersi. Or la metà della metà di usufrutto, cioè un

quarto poteva donarsi solo in virtù della regola speciale, imputandola sul disponibile straordinario, cotalchè l'altro quarto d'usufrutto si è preso sul disponibile ordinario. Quindi il rimanente cioè il quarto della nuda proprietà, è rimasto libero per la seconda donazione (Ved. art. 1100, n. II (1054)).

3. Quota disponibile in vantaggio dei figli naturali.

XXIII. — Le liberalità che si fanno ad un figlio naturale dall'autore che l'abbia riconosciuto, o dopo la morte di quello ai suoi discendenti legittimi, non possono eccedere la porzione dei beni che la legge delle successioni ha attribuito o tal figlio o ai suoi rappresentanti sul patrimonio del padre. Quindi questo disponibile è: 1° concorrendo il figlio naturale con discendenti legittimi del defunto, il terzo della porzione ereditaria, che gli sarebbe spettata se fosse stato legittimo; 2° se concorra con ascendenti o con collaterali privilegiati, la metà; 3° tre quarte parti, se concorra con collaterali ordinari (art. 908 (824)).

Così gli eredi collaterali, sieno privilegiati o ordinari, hanno una riserva rispetto ai figli naturali, benchè non ne abbiono mai nè contro qualunque altro donatario, sia erede, o estraneo, o coniuge. Se non che tal quota può donarsi a' soli figli naturali semplici; potendo gli adulterini, o gl'incestuosi ricevere unicamente ciò che sarà necessario pei loro alimenti. Inoltre tal restrizione alla quota disponibile ordinaria, ha effetto pei soli figli naturali allorchè sieno stati legalmente riconosciuti, e solo rispetto al padre ed alla madre che li abbiano riconosciuti. Ciò è evidente, perocchè l'illegittimo che non è stato autenticamente riconosciuto, rimane legalmente estraneo al padre ed alla madre, e non ostante il riconoscimento, rimone sempre tale verso i parenti dell'autore che l'ha riconosciuto.

Del rimanente, questa quota disponibile è sempre una diminuzione del disponibile ordinario. Quindi non possono elevarsi le difficoltà che offre il disponibile fra coniugi, derivate dal maggiore vantaggio che talvolta arreca a coloro pei quali è specialmente stabilito.

4. Regole comuni alle tre quote disponibili.

XXIV. — Dal fin qui detto si è dovuto comprendere che il disponibile e la riserva sono determinati, non dalla qualità e dal numero dei *successibili* che il disponente lasci alla sua morte, ma dalla qualità e dal numero dei suoi *eredi*, cioè di quelli che accettano la successione. In vero, la riserva è nient'altro che la stessa successione, essendo essa rigorosamente riservata dalla legge, cotal che per avervi diritto è necessario essere erede. Non può dunque appartenere ai successibili che rinunziino se non distinguendo tra i figli e gli altri parenti. Veramente il dritto romano, osservato un tempo nei nostri paesi di dritto scritto, sanciva una regola differente prescrivendo il dritto dei figli non come un dritto ereditario, ma come un credito sui beni del padre. Se non che questa regola non accordavasi coi principi delle nostre nazionali consuetudini, i quali sonosi riprodotti dal Codice civile.

A Roma il padre poteva col suo testamento privare il figlio non pure dei beni ma ancora del titolo di erede; per modo che sarebbe stato assurdo che il figlio per rivendicare la sua parte dei beni dovesse avere questo titolo. Le nostre costumanze stabilirono una diversa teorica, più razionale e più semplice, secondo la quale l'uomo nè toglie, nè dà la qualità di erede. Il testamento dunque valse ad istituire legatari: il figlio rimase erede malgrado del padre, e quantunque questi avesse disposto della totalità dei suoi beni. Quindi fu il titolo di erede che diè dritto alla legittima, lo quale per tal modo divenne la stessa eredità nella parte forzatamente ri-

servata: val dire *la legittima* diventò *riserva*.— Or il Codice ha adottato questa creazione dalle nostre nazionali consuetudini.

Tal verità emerge invincibilmente dalle due seguenti considerazioni.—Il Codice stabilisce la legittima, non già attribuendo ad un parente il dritto di dimandare una parte dei beni, ma invece limitando nell'autore il dritto di disporre dei suoi beni; quindi i beni dichiarati indisponibili si trasmettono come per successione legittima. Se il testo del Codice avesse statuito per taluni parenti il dritto di conservare o di riprendere tal parte di beni, sarebbesi dubitato se fosse lo stesso dritto successorio, ovvero un dritto particolare indipendente dal titolo di successore *ab intestato*.

Ma il dubbio dileguasi osservando per l'opposito che nel sistema del Codice, i beni pervengono a tali parenti dopo la morte dell'autore solo perchè rimasero suo malgrado patrimonio di quest'ultimo, quindi non sono possibili due spiegazioni, perocchè i beni di cui il defunto non abbia disposto passano a' suoi parenti mercè la successione *ab intestato*, e chi ripudia questa, non può avervi dritto. — Una seconda considerazione, non meno decisiva della prima, emerge dall'avere i compilatori del Codice nel loro progetto nettamente concepito tal sistema, dall'avere tutti i membri del Consiglio di Stato, niuno eccettuato, manifestato formalmente il loro parere su di ciò. Al che si aggiunge, che avendo un solo di essi profferito parole a prima giunta un po' ambigue, ed invitato a palesare chiaramente se opinasse « che il successibile il quale rinunzii, possa ciò non ostante esercitare la riduzione » rispose precisamente « che chi ripudia l'eredità del padre, non è ammesso ad impugnare le donazioni ».

In fine la stessa dottrina fu riprodotta dal commissario del Governo innanzi al Corpo legislativo (art. 914, n. IV (830)).

Del resto i creditori del defunto, non hanno dritto su' beni indisponibili già donati, e poscia rientrati nel patrimonio mercè l'azione di riduzione esercitata dagli eredi; i beni ritornano nella successione non assolutamente, ma rispetto a questi ultimi, per modo che quanto ai creditori rimangono alienati e non fan più parte del patrimonio del debitore. In breve, osservansi qui gli stessi effetti che abbiamo veduto nel riepilogo precedente (n. XLVI) derivare pei beni posti in collazione, cioè che sebbene rientrino nella eredità rispetto agli eredi, non divengono come prima il pegno dei creditori ereditarî. Se non che abbiamo pur ivi osservato che tale effetto segue allorchè gli eredi abbiano accettato col beneficio, diversamente i creditori ereditarî divengono creditori personali di quelli.

XXV. —Essendo la riserva null'altro che la stessa successione, il successibile che rinuncia non può avervi alcun dritto; quindi se questi avesse ricevuto in vita del suo autore beni che definitivamente faran parte della riserva, sarà obbligato restituirli agli eredi che accettano. Essi erangli stati donati come anticipazione di eredità, in conto della sua parte nella futura successione, quindi cessa il suo diritto appena ripudii la eredità (articolo 917 (833)).

Gli è vero che una giurisprudenza quasi universale non ha riconosciuto ancora questa verità; ma le arbitrarie teoriche che a migliaia sonosi immaginate per isconoscerla, la rendono più evidente. Invano si dice che l'erede il quale ripudia, sembra, ma non rinuncia effettivamente (perocchè la legge non ammette rinuncie apparenti e fittizie); che il ripudio sia vero sotto un riguardo, ma non rispetto ad un altro (perocchè non esistono semi-rinuncie: potendosi o accettare o ripudiare, essere o non essere erede), che il ripudio riguarda i beni esistenti attualmente nel patrimonio, ma non estendesi a quelli già posseduti dall'erede donatario (perocchè si è erede o pel tutto o per nulla: *nemo pro parte haeres*); che l' erede ripudiando cessa di esser tale, ma rimane donatario e con questo titolo fa suoi i beni (perocchè il donatario può solo avere beni disponibili, e qui trattasi di riserva) che in

fine conviene ammettere due quote disponibili 1° quella degli estranei e dei collaterali; 2° quella degli eredi riservatari, la quale oltre della prima, comprende la parte dell' erede nella riserva, perocchè tal nuova quota disponibile è meramente immaginaria, nè rinviensi neppure un pretesto nella legge per ammetterla (art. 919 (835), n. II e III).

Così qualunque erede che abbia ricevuto dal defunto beni riservati, rinunciando alla successione non vi ha più dritto. Conviene quindi sapere in quali casi la donazione fatta all'erede sarà di beni sottoposti alla riserva.

Gli è certo se siasi fatta in tempo in cui tutto il disponibile era già esaurito con donazioni anteriori. Ma non è questo il solo caso. Si considera (come fanno tutte le decisioni) di essersi anco presa sulla riserva allorchè quantunque il disponente abbia ancora beni disponibili, faccia la donazione non a titolo di precapienza e di anteparte, e destini appresso il disponibile in liberalità a vantaggio o di eredi per anteparte o di estranei. In fatti, il padre di famiglia può fare evidentemente quel che voglia. del suo disponibile; or facendo liberalità a titolo di anteparte, o ad estranei, evidentemente è sua volontà che sieno prese sul disponibile prima delle semplici anticipazioni di eredità *(ibid. IV)*.

XXVI.—Un'altra conseguenza che la riserva sia null'altro che la stessa successione, e che il rinunziante non vi ha dritto (conseguenza generalmente sconosciuta, ma pure non meno certa) si desume dal non potersi contare il rinunciante per determinarne la somma.

E dapprima, è proprio della massa dei beni della successione riservata essere or più piccola, or più grande secondo i casi e precisamente pel numero dei figli; cotal che si va contro lo scopo ed il pensiero della legge se si calcoli per tre figli quando in vece lo si dee per due, o per due quando si dee per un solo. Il testo della legge è uniforme a tal'idea; perocchè se egli è vero che l'art. 913 (829) indica per base del calcolo il numero dei figli che il disponente *lasci alla sua morte*, emerge dalla disamina di quest'articolo e di altri venti ancora che in qualunque successione ordinaria o riservata, le parole *lasciare tal parente* nel linguaggio del Codice suonano *avere erede tale parente* onde l'articolo parla certamente del numero dei figli che accettano la successione. Da ultimo, gli stessi principî dissipano ogni dubbio, avvegnachè se ogni rinuncia ha un effetto retroattivo che fa considerare giuridicamente non essere il rinunziante mai stato erede, ne consegue che i soli figli che accettano sono stati sin dalla morte investiti escludendo i rinunzianti.

Se non che si dirà che l'art. 786 (703) dichiari accrescersi la parte del rinunziante al suo coerede, per modo che quando uno dei figli rinunzia, l'altro dee ricever solo tutto quello che senza il ripudio, sarebbe appartenuto ad entrambi. È notevole da un lato, che il citato art. 786 (703) non offra un principio di dritto, ma semplici enunciazioni di fatto le quali non influiscono sulla teoria legale, essendo il solo principio giuridico della materia (e di cui lo stesso art. 786 (703) fa una particolare applicazione) racchiuso nella regola con cui si prescrive che il rinunziante reputasi essere stato sempre estraneo alla successione. Da un altro lato, è assolutamente impossibile che avvenga qui lo accrescimento ed anche la devoluzione, di cui è cenno eziandio nello stesso articolo, avvegnacchè l' uno e l' altro sieno non altro che l' attribuzione di *una medesima massa* o a *un numero minore* di eredi, ovvero ad eredi *di diversa qualità*. Or qui per lo appunto la massa cangia, e *non è più la stessa* per il cangiamento *di numero* o *di qualità* degli eredi... Del resto, la contraria dottrina si confuta da sè per la contraddizione che presenta, perocchè, mentre non ammette le esposte idee per lo accrescimento, le applica poi alla devoluzione, di cui la teorica è identicamente la stessa (art. 914-V. (830)).

XXVII.—Abbiamo veduto che dell'ere-

de il quale ripudii non può tenersi conto nel calcolare la riserva ed il disponibile; così anche dell' erede indegno, riguardandosi ambidue come non esistenti quanto alla successione. Non così del non riservatario cui esclude dalla successione un legatario universale.

Quindi se il defunto faccia un legato universale lasciando un fratello ed un avo, questi, che esistendo il fratello non è erede, non può dire che il legatario universale si trovi in faccia di un erede non riservatario, che per tal modo il primo abbia la investitura di tutti i beni, ed il fratello non riservatario divenga estraneo alla successione, non altrimenti che se l'avesse ripudiata; che non dee tenersi conto del fratello, essendo egli solo chiamato alla successione *ab intestato*; che quindi impedisce la investitura del legatario, e può prendere la sua riserva del quarto.—Chi non sente il vizio di sì grossolano sofisma? esso in breve dice, che il legatario è in faccia all' avo perchè è in faccia al fratello, e non investito perchè non è interamente investito... Sino a che il fratello non abbia con la sua rinunzia abdicato l' eredità, fino a che è dato a lui solo impugnare il testamento e giovarsi o della nullità del legato, o del ripudio del legatario, egli solo conserva il titolo di erede *ab intestato*; con lui solo dunque il legatario ha rapporte, e solo la di lui qualità fa decidere se siavi o no una riserva. Ora il fratello non è riservatario, dunque tutto il patrimonio è disponibile (art. 1006, n. III (932)).

XXVIII.— Ci rimane a fare un' ultima osservazione, cioè se chi ha dritto ad una riserva, possa liberamente rinunziarvi per presentarsi come erede ordinario. — Così se un minore da sedici a ventun'anno, il quale può donare solo la metà di quel che potrebbe un maggiore, lasci per eredi il padre e collaterali, può in principio legare la metà di tre quarti cioè tre ottavi; ma se il legato sia fatto al padre, questi rinunziando al suo dritto di riserva renderà valida la disposizione per la metà di tutti i beni. Se il legato fosse di anteparte potrebbe raccoglierlo, e prendere pure la sua parte come erede nell' altra metà, riunendo così sul caso secondo la qualità dei collaterali o li cinque ottavi, o li tre quarti del patrimonio (art. 916, n. II (832)).

§ 2. — *Della riduzione delle liberalità.*

XXIX. —L' azione di riduzione mira a formare, o a compire la successione riservata che il padre di famiglia abbia esaurito o scemato; un dritto di successione nasce sopra i beni di una persona dopo la sua morte, quindi le liberalità si possono far ridurre se occorra, alla morte naturale o civile del disponente. Si è veduto inoltre che la determinazione della cifra della riserva e delle due quote dipende per lo appunto dal numero e dalla qualità degli eredi che accettano la successione. Quindi tutto ciò può solo farsi dopo la morte del disponente (art. 920 (837)).

Non è meno evidente che il dritto di domandare la riduzione o di profittarne prendendo i beni che essa abbia fatto rientrare nel patrimonio, appartiene agli stessi eredi riservatari, o a' loro rappresentanti od aventi-causa; nè i donatari nè i legatari, e neppure i creditori ereditari possono domandarla, essendo che i beni già usciti dal patrimonio vi rientrano mercè la riduzione soltanto in pro degli eredi ed esclusivamente per essi come sopra abbiamo detto (art. 921 (838)).

Nulla di meno se il riservatario abbia accettato puramente e semplicemente, i creditori ereditari traggon pro della riduzione, e possono perfino dimandarla, essendo allora divenuti creditori personali ed aventi-causa dell' erede (1).

XXX.—Per conoscere se la riserva sia

(1) Potrebbe credersi a prima vista, che l'accettazione pura e semplice privi del dritto di far ri-

o pur no, e di quanto sminuita con le liberalità del defunto, è d'uopo certamente, determinata prima la cifra totale dei beni, vedere qual fosse la frazione riservata, e quale la disponibile.

Quindi si stabilisce sulle prime il valore di tutti i beni che il defunto abbia lasciato, senza distinguere quelli di cui abbia disposto per testamento, e quelli che lasci a' suoi eredi. Se ne fa una stima secondo il valore che avevano nel giorno stesso della morte; e così sempre ancora quando esso fosse aumentato o diminuito nel momento in cui si esegua la stima; in vero il dritto alla riserva si determina alla morte, cioè quando apresi la successione, e dal cumolo di tali valori che formano allora il patrimonio, si conosce qual frazione spetti all'erede, quale a' donatarî. Determinato il valore generale dei beni esistenti in quel giorno, se ne deduce la somma dei debiti, per modo che si tien conto di quanto lo attivo superi il passivo. Se questo sia uguale a quello si avrà *zero*. Si noti che bisognerebbe sempre far perfettamente ragguagliare l'*avere* ed il *dare*, anche quando il passivo eccedesse di assai l'attivo.

Fra poco ne vedremo il perchè. — Eseguita questa doppia operazione, si calcolano tutti i beni dati dal defunto nel corso di sua vita, attenendosi al valore che offrirebbero nel giorno della morte se la donazione non si fosse fatta. Quindi non si tien conto delle deteriorazioni o dei meglioramenti che derivino dai donatarî, dovendo la successione dalle fatte donazioni nè trar guadagni, nè perdere. Al contrario, e per la stessa ragione, si devono calcolare le deteriorazioni ed i miglioramenti non fatti dai donatarî. Dunque non bisogna seguire letteralmente la regola del Codice, secondo la quale deve prendersi per base lo stato in cui erano i beni al momento della donazione; avvegnacchè se questa regola sia giusta quando intenda fare astrazione dei cangiamenti di stato che derivino dai donatarî, è evidentemente inammessibile se si proponga di tener conto di quelli dovuti ad accidenti naturali, a cui anche in potere del donante sarebbero stati i beni sottoposti.

Giova ripeterlo, si prenderà per base il valore che avrebbero i beni se non fossero stati donati, cioè se tuttavia rimanessero nelle mani del disponente (articolo 922 (839)).

Conosciuto il valore generale di tutti i beni donati fra vivi, si aggiunge all'attivo eccedente, se ve ne sia, e si calcola sulla cifra totale qual sia la porzione riservata, quale la disponibile, riguardando la qualità ed il numero degli eredi, e la qualità di coloro, a cui le liberalità sieno state fatte. Se i beni esistenti alla morte, non presentino un dippiù nell'attivo, il calcolo si fa solamente sul valore dei beni donati fra vivi, e sempre sullo intero valore quantunque nella successione rimanesse un passivo considerevole. In fatti, abbiamo veduto che i creditori ereditarî non possono farsi pagare sui beni alienati, comunque mercè l'azione di riduzione rientrassero nel patrimonio. Per tal ragione avviene, come sopra abbiamo detto, che non ostante l'eccedenza del passivo su' beni esistenti alla morte, non se ne tien conto, e ambidue i valori si pareggiano. Dunque la regola del Codice, la quale dichiara doversi dedurre i debiti sul valore riunito tanto dei beni esistenti alla morte, quanto di quelli donati fra vivi, è inesatta allorchè i beni esistenti alla morte fossero inferiori al passivo (*ibid.*).

XXXI. — Quando, determinata la cifra del disponibile, tutte le liberalità fatte dal de-

durre. Si può dire che l'erede, il quale accetti puramente, diviene il vero rappresentante del defunto, per modo che rimane obbligato a tutti gli obblighi di quello, e come quegli non avrebbe potuto impugnare le proprie liberalità, neppure lo possa l'erede puro e semplice. — Questo ragionamento sarebbe un grave errore. Quantunque l'erede puro e semplice continui la persona del defunto, nondimeno ha diritti (ed anco obbligazioni), i quali, benchè gli derivano dal titolo di erede, gli sono proprî nascendo in lui senza essere esistiti nella persona del defunto, cotal che il titolo di erede è solo *la condizione* di tali dritti, i quali hanno *causa* nella speciale disposizione della legge. Tale è per l'appunto il dritto di far ridurre (tale eziandio l'obbligazione di soddisfare i legati).

funto la sorpassino, si fa la riduzione. Vediamo ora come e con qual ordine le liberalità vi soggiacciono.

Fino a che il padre di famiglia non abbia esaurito il disponibile, le sue disposizioni sono fatte validamente; al contrario, possono impugnarsi se siensi fatte dopo che quella parte sia già consumata. Quindi l'annullamento seguirà l'ordine delle date cominciando dalle disposizioni più recenti e risalendo alle più antiche.

Uopo è dunque innanzi tutto riconoscere la data di una liberalità, il che non è molto agevole.

Primieramente, le donazioni testamentarie in qualunque tempo siensi scritte, hanno indistintamente e sempre la data della morte del disponente, fintanto che questi viva sono semplici progetti, i quali diventano atti di disposizione al punto della stessa morte. Tutte queste liberalità dunque devono ridursi a un tempo, ciascuna in proporzione del proprio valore (articolo 923 (840)).

Per l'opposito, la data delle donazioni fra vivi è quella in cui si è formato il contratto, effettuandosi il concorso delle due volontà, vale a dire il momento in cui il donatario abbia accettato, tanto se l'accettazione siesi fatta a un tempo con la offerta del donante, quanto se segua più o meno dopo. Tali donazioni dunque non possuno venir ridotte se prima non sieno annullati per intero i legati, e ciascuna può esser solo menomata quando le più recenti sieno state preso interamente (*ibid.*).

Se non che vi ha una specie di donazioni e testamentarie e fra vivi eccettuata da tale regola generale. Intendiamo di quelle fatte ad eredi senza precapienza (vale a dire per prendersi dal beneficiato che si presenta alla successione, come parte della successione, e non a titolo di donatario, ma di erede). Tali donazioni attribuiscono originariamente lo stesso dritto ereditario, ma si trasformano in vere donazioni colla rinunzia del beneficiato all'eredità (1).

Gli è certo che in faccia ai veri donatari, esse prendono data come donazioni dal momento in cui diventano tali per mezzo della rinunzia dell'erede. Se non che ciò non toglie che non si debba conservare per tali donatari imperfetti. considerati fra loro, la data della disposizione primitiva. Ciascuno facendo lo stesso non può certamente dolersi delle trasformazioni onde gli altri prendono una parte del disponibile, che il defunto non voleva loro donare. Così la data di queste bastarde donazioni sarà: 1° fra esse, o quella del contratto (se sieno fra vivi) o quella della morte (se sieno per testamento); e 2° rispetto alle donazioni propriamente dette, la data della rinunzia che le ha trasformate (art. 923, n. II (840)).

Quindi è d'uopo distinguere non più due ma quattro classi di liberalità, le quali si riducono coll'ordine seguente: primieramente, i legati fatti senza anteparte agli eredi che ripudiano, e questi soggiacciono alla riduzione a un tempo; in secondo luogo, giusta l'ordine delle date, le donazioni fra vivi fatte agli stessi eredi senza anteparte; in terzo luogo, tutti gli altri legati e finalmente le altre donazioni fra vivi per ordine di data.

Diciamo che i legati (sieno della prima o della terza classe) sono sempre ridotti a un tempo, cioè quelle di una medesima classe perchè tutti hanno la stessa data val dire quella in cui seguì la morte del loro autore. Se dunque non occorra annullarle per intero, ma solo ridurle parzialmente, la riduzione dee farsi in proporzione pro rata, senza far differenza fra i legati universali o a titolo universale, e quelli particolari. A tale scopo si determina l' effettivo valore che ciascun legato produrrebbe al suo legatario se non si facesse la riduzione; si sommeranno i particolari valori dei legati per conoscere l' intiera somma dei beni legati, poscia si stabilirà la frazione che è necessario scemare dall'intero valore affinchè gli eredi conseguano

(1) Infatti la legge collega alla rinunzia del successibile il favore, forse strano di conservare come donatario ordinario quel che il disponente avea permesso prendere solo come erede.

l'intera loro riserva, in fine da tale frazione si ridurrà il valore peculiare di ciascun legato (*ibid.*).

XXXII. — La suddetta regola generale può talvolta essere inapplicabile o per una speciale dichiarazione del disponente, o per effetto dei rapporti fra il disponibile ordinario, ed il disponibile dei coniugi.

Bisogna evidentemente dilungarsi dalla regola generale, se così voglia il padre di famiglia che è arbitro del suo disponibile. Quindi, allorchè abbia detto che un legato si soddisfi a preferenza degli altri, è d'uopo esaurire per intero questi ultimi prima che si sminuisca qualche cosa dal primo. Del rimanente, la legge la quale non vuole dar adito a contestazioni, abbandonando la prova della volontà alle arbitrarie induzioni che potrebbonsi dedurre da tale o tal'altra circostanza, chiede una espressa dichiarazione del testatore (art. 927 (844)).

Quando fra le diverse liberalità che abbiano una medesima data, e che unicamente sorpassino il disponibile, se ne trovi una fatta al coniuge del disponente, e la quota disponibile coniugale sia maggiore o minore dell'ordinaria, non può per certo applicarsi la regola di una riduzione proporzionale puramente e semplicemente, ma è necessario un lavoro più difficile. Infatti, mentre la legge stabilisce due diversi disponibili non è lecito far la riduzione alla base di un solo, nè far vantaggiare uno de' donatari di un disponibile maggiore del proprio e stabilito per altri. Uopo è dunque ridurre le liberalità proporzionalmente secondo il disponibile minore, che è comune a tutte, ed attribuire poscia l'eccedente al donatario del disponibile maggiore. Se altrimenti si facesse, i donatari che han solo dritto al disponibile minore, avrebbon dippiù. Se non che dovendosi in tal caso (momentaneamente e per eseguire il calcolo) diminuire il disponibile dei donatari più favoriti, è del pari necessario scemare in proporzione (sempre per il calcolo e momentaneamente) la cifra delle loro liberalità affinchè non abbiano a lor volta più di quello che loro è dovuto (vedi art. 1100, n. III (1054)).

XXXIII. — Se un donatario fra vivi, di cui la liberalità è soggetta alla riduzione alla morte del testatore avesse distrutto o dissipato le coso donate, e fosse insolvibile, la perdita che ne deriva ricade nè su' soli donatari anteriori, nè su' soli eredi; ma e sugli uni e sugli altri in proporzione del valore delle due quote disponibile e riservata. Onde è che imputatosi sullo stesso patrimonio, si determina di nuovo la massa generale minore della prima, e così avviene uno scemamento proporzionale del disponibile e della riserva.

In vero, gli eredi per pretendere che la cifra della loro riserva resti la stessa, dovrebbono stabilire per principio che anche la somma del patrimonio resti la stessa (perocchè la riserva ne è una quota). Ma se ciò si concedesse, anche i donatari potrebbero ponderatamente sostenere che la cifra del disponibile (la quale ancor essa ne è una quota) non si sminuisca nemmeno: così menerebbesi all'assurdo. Gli è manifesto che le contrarie pretensioni degli uni e degli altri di addossare la perdita sugli avversari, si confutano vicendevolmente; quindi la forza stessa delle cose conduce ad imputarla sull' intera massa per ricadere proporzionalmente sulle due parti riservata e disponibile (art. 923, num. III (840)).

XXXIV. — La riserva è la parte della successione che gli eredi non possono aver tolta; costoro dunque debbono riceverla in natura, e non in valori equivalenti, per modo che l'azione di riduzione fa rientrare nel patrimonio non il valore dei beni donati oltre il disponibile, ma i beni medesimi.

Tuttavia questo principio ammette due eccezioni.

E dapprima allorchè un immobile soggetto alla riduzione sia stato donato ad uno degli stessi riservatari (cioè a titolo di precapienza, che diversamente non farebbe mestieri ridursi, dovendo l' immobile ritornare nella successione mercè la collazione) l'erede donatario invece di restituirlo in natura, può conservarlo sino

alla concorrenza e per soddisfarsi della sua porzione di riserva. In tal caso uopo è però che gli altri beni, sui quali i suoi coeredi prendono la riserva, fossero della stessa natura di quelli donati, vale a dire anch'essi immobili. Se l'immobile donato con precapienza all' erede deve ritornare nella successione in parte, si applica una altra regola, già da noi conosciuta. Bisogna allora distinguere se l'immobile possa o pur no facilmente dividersi: nel primo caso, se ne fa la divisione rimettendo in natura la parte che rientra nella riserva; nel secondo, l'intero immobile rimane presso l'erede donatario o i coeredi, secondo che all'uno o agli altri appartenga la porzione più considerevole, ed essendo le parti uguali, presso chi abbia maggior interesse ad averla.

La seconda eccezione al principio avviene, allorchè il donatario abbia alienato l'immobile.

Quando si apre la successione del disponente e per effetto della stessa apertura, il donatario di un immobile che faccia parte della riserva, vede risolvere il suo titolo di proprietà: quindi qualunque sua alienazione o concessione di dritti reali, sarebbe ugualmente risoluta: *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis*. Se non che la legge tempra il rigore della regola nel caso di alienazione, applicandolo unicamente per le ipoteche, servitù e per qualunque altro peso reale di cui il donatario abbia gravato l'immobile. Essa nel primo caso obbliga gli eredi a contentarsi di una somma di denaro che rappresenti il valore dell'immobile; ed il terzo acquirente non solo può evitare la restituzione pagandone il valore, ma eziandio gli eredi han dritto di stringernelo se il donatario non può pagarla, e dopo aver dimostrato la insolvibilità di questo ultimo (art. 929-930 (846-847)).

Per principio i frutti della cosa soggetta a riduzione sono dovuti dal giorno dell'apertura della successione. (Non così i frutti anteriori, perocchè se la donazione non si fosse fatta, ed il donatario non avesse avuto la proprietà della cosa, li avrebbe raccolto non l'erede, ma il disponente, ed inoltre la donazione che ora in faccia all'erede è nulla, fu sempre valida contro il disponente). Se non che per applicarsi il principio, bisogna che l'azione di riduzione si sperimenti contro lo stesso donatario, e fra l'anno dalla morte. Onde se la dimanda si fa più tardi, potendo il silenzio di un anno far supporre o che non diasi luogo a riduzione, o che non se ne voglia usare, la legge autorizza a non restituire i frutti che dal dì della dimanda. Se essendo il donatario insolvibile, la riduzione si domandi contro il terzo acquirente dello immobile donato, questi essendo tenuto soltanto come possessore, farebbe suoi i frutti fino al giorno della dimanda, senza distinguere se dessa gli sia stata fatta fra l'anno dalla morte o più tardi (art. 928, 930, n. III (845, 847)).

L'azione di riduzione, allorchè si esercita contro il donatario o il rappresentante di lui, dura anni trenta a contare dal giorno dell'apertura della successione. essendo essa nè più nè meno una petizione di eredità. Ma se in vece si sperimenti contro i terzi, i quali hanno acquistato di buona fede gl'immobili donati, è soggetta alla prescrizione di dieci o venti anni conforme alla regola generale.

XXXV. — Abbiamo veduto nella prima sezione che debba annullarsi l'atto in apparenza a titolo oneroso fatto in vantaggio di una persona incapace di ricevere, se si provi esser donazione; non che la donazione fatta apparentemente ad un terzo, ma di cui si provi la interposizione, e lo interesse dello incapace; infine qualunque liberalità fatta ad un incapace con qualsivoglia mezzo indiretto. Abbiamo pure osservato, che è pur così quando la qualità del donatario tragga di pieno dritto la presunzione della interposizione, e però la nullità della donazione.

Or cotesta regola si applica naturalmente tanto alla indisponibilità dei beni, come alla incapacità delle persone (art. 930, n. IV (847)).

Oltre a queste regole che son comuni

alla incapacità e alla indisponibilità, ve n'han altre due più severe ma speciali a quest'ultima materia, delle quali una si applica solo fra coniugi.

1. Quando alcuno abbia alienato una cosa in vantaggio di un parente in linea retta, che fosse allora suo erede presuntivo, e l'alienazione sia fatta o a fondo perduto, o con riserva d'usufrutto, l'atto non ostante che appaia a titolo oneroso, nè potendosi provare tal carattere, stimasi di pieno dritto una donazione mentita; e tal liberalità (che la legge dispensa dalla collazione) deve ridursi come qualunque altra, alla porzione disponibile. Non è così, se il contratto non si fa per atto a titolo oneroso, se non quando vi consentano gli altri eredi presuntivi in linea retta (art. 918 (834)).

La legge si applica alle alienazioni fatte o con riserva di usufrutto, o a fondo perduto. La alienazione a fondo perduto è quella che si fa in cambio di rendite che debbono pagarsi entro un determinato tempo; di modo che la cosa uscita dal patrimonio non vi si trova sostituita da un valore permanente, ed è perduta quanto al fondo; così l'alienazione non è a fondo perduto se fatta per una rendita perpetua *(ibid.)*.

Qui trattiamo delle alienazioni nelle quali il valore che forma il prezzo del fondo perduto siesi stipulato in vantaggio di colui che aliena, e non già di un terzo; essendo questo il significato ordinario delle *alienazioni a fondo perduto*. In fatti, quando tal valore (a modo di esempio, una rendita vitalizia) si paga ad un terzo, non vi è più ragione perchè si presuma di esser l'atto gratuito, e simulate le quittanze che avrebbero potuto farsi. E ciò emerge dacchè l'alienazione a fondo perduto è pareggiata a quella che si fa con riserva d'usufrutto *(ibid.)*.

Se fra i coeredi presuntivi dell'acquirente, alcuni soltanto avessero consentito alla alienazione, quelli che venissero alla successione dovrebbero rispettarla come atto a titolo oneroso; ma quelli che non vi avessero consentito, potrebbero per la loro parte tenerla come donazione mentita, e farla ridurre alla porzione disponibile *(ibid.)*.

In tutto ciò si tratta di parenti in linea retta dell'alienante, e non può mai presumersi nè in favore nè contro i collaterali che l'atto sia gratuito. I collaterali che non sono riservatari, non potrebbero mai pretendere che quell'alienazione siasi fatta a titolo gratuito, onde farla ridurre. D'altra parte, la legge la quale probabilmente pensa, che un atto con cui si vantaggi fraudolentemente uno degli eredi, sarà molto meno frequente pei collaterali, che pei parenti in linea retta, stabilisce solo contro quest'ultimi la presunzione di essere gratuito *(ibid.)*.

2. Pensando la legge con ragione, che le liberalità sono più a temersi fra coniugi, e dubitando qui più che altrove delle frodi che spesso avvengono mercè la simulazione di atto oneroso, o la interposizione di persone, e volendo con energia reprimerle, vien dichiarando che qualunque liberalità fatta al coniuge sotto l'apparenza di atto oneroso, o per interposte persone, non dovrà soltanto ridursi alla porzione disponibile, ma sarà nulla per l'intero.

Si tengono poi in tal caso persone interposte, i figli del coniuge donatario che non lo sieno insieme del disponente, e tutti i parenti di cui il coniuge sia erede presuntivo quando si fa l'atto (art. 1099, 1100 (1053, 1054)).

Le liberalità fatte al coniuge per qualunque altro modo indiretto, che non fosse la simulazione dell'atto oneroso, o la interposizione di persone, van soltanto soggette alla riduzione (art. 1099, § 1 (1053)).

XXXVI. — Innanzi di venire alle regole speciali, e alle donazioni fra vivi e a quelle per testamento, dobbiamo indicarne una che per una applicazione poco ragionata delle idee romane, è resa comune tanto alle une che alle altre.

I Romani, i quali tenevano a disonore il morire senza eredi per testamento, e riguardavano di gran rilevanza un testamento valido, aveano dichiarato che qualunque condizione impossibile o illecita ap-

posta in un testamento anzichè render nullo l'atto, come dai principî era richiesto, vi fosse cancellata ed avuta per non iscritta. Il nostro dritto intermedio non solo riprodusse cotesta regola, ma la estese, non sappiamo il perchè, alle donazioni fra vivi; e il Codice che guarda poco benignamente tali donazioni, e considera anche i testamenti come eccezioni poco favorevoli al dritto comune, riproduce per intero questa disposizione che non può giustificarsi (articolo 900 (816)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DONAZIONI TRA VIVI

XXXVII. — La donazione fra vivi è un contratto con cui una persona fa una disposizione gratuita de'suoi beni, in vantaggio di altri che l'accetti.

La donazione può essere: *onerosa*, vuol dire fatta con certi obblighi; o *remuneratoria*, vuol dire affin di compensare servigi resi. Ma bisogna che il valore dei servigi (se valutabili in denaro), o degli obblighi imposti, non pareggi quello della cosa trasmessa; avvegnachè in tal caso non vi sarebbe più donazione, ma un contratto ordinario a titolo oneroso. E quando pure il valore della cosa ecceda quello dei servigi valutabili, o degli obblighi, l'atto è realmente una liberalità per ciò che eccede; e questo soltanto sarebbe soggetto a collazione, o a riduzione.

La donazione può anche, come qualunque altro atto, farsi sotto condizione, o a termine; può infine essere universale o a titolo universale, o a titolo particolare secondo le distinzioni indicate pei legati nel cap. III, sez. II.

La donazione fra vivi non può in generale farsi che con atto notarile, e con minuta (art. 931 (855)); e se fosse di mobili è necessario che uno stato estimativo di essi sia nell'atto, o vi si trovi annesso (art. 948 (872)). Se non che le donazioni che si fanno come accessorie ad un atto a titolo oneroso, o che sono mentite sotto la forma di atto a titolo oneroso, non van soggette alla forma notarile: e non è necessario verun atto pei doni manuali di mobili capaci di acquistarsi colla semplice tradizione (art. 931 (855)).

XXXVIII. — L'accettazione d'una donazione può farsi separatamente e dopo la offerta del donante, purchè sia anche con atto notarile o con minuta. In questo caso la donazione si forma nel punto dell'accettazione, mercè la quale nasce il concorso delle volontà. Ma sebbene dal giorno dell'accettazione il donatario sia proprietario, egli è tale sotto la condizione risolutiva delle disposizioni che potrebbe fare il donante; e il contratto per la notificata accettazione è perfetto riguardo a colui che fino a quel punto conserva il dritto di disporre, e revocare a suo talento. E dacchè, non essendosi fatta la notificazione, il donante non ha alcun vincolo, la donazione sarebbe come non avvenuta se egli morisse prima di quella. D'altronde, se la notificazione deve farsi così al donante mentre vive; non è indispensabile che si faccia dallo stesso donatario, potendo farla i suoi eredi, od altri successori. Non importa nemmeno in qual forma sarebbe fatta la notificazione (art. 932 (856)).

La legge permette che si accetti per mezzo del procuratore; ma qui si manifesta l'odio tradizionale delle donazioni che sembra crescere quanto più si fa antico. Così, non basterebbe una procura generale di rappresentare alcuno in tutti gli atti che potessero interessarlo; ci vuole un mandato speciale, se non per quella donazione, almeno per le donazioni.

Inoltre il mandato dev'essere notarile, ed anche ricevuto in minuta, volendo la legge che se ne alleghi una spedizione. Il nostro dritto antico non chiedeva nè la specialità, nè la autenticità della procura; e permetteva che un terzo accettasse in

nome del donatario, il che non è ammesso dal nostro Codice (art. 933 (857)).

I tutori, per le donazioni fatte ai pupilli, o agli interdetti; il curatore nominato *ad hoc*, per quelle che si fanno a un sordo-muto che non sappia scrivere; e i direttori od amministratori di pubblici stabilimenti; ed altre persone morali, non hanno solo il dritto, ma anche l'obbligo di accettare quelle donazioni.

Eglino quindi debbono rispondere della mancanza dell'accettazione, contro la quale il donatario non potrebbe farsi restituire, quand'anche fossero insolvibili quelli che dovessero accettare (art. 942 (866)).

N. B. Alcune donazioni fra vivi, non sono soggette sempre alle medesime regole, e noi dobbiamo qui distinguere: 1° le donazioni ordinarie; 2° quelle fatte a futuri coniugi nel loro contratto di matrimonio da terzi; 3° infine quelli che gli sposi si fanno tra loro, o nel loro contratto nuziale, o durante il matrimonio.

SEZIONE PRIMA

DELLE DONAZIONI ORDINARIE

XXXIX. — La donazione tra vivi è valida in generale quando è stata accettata in termini espressi, e si è operato uno spossessamento presente e irrevocabile del donante.

La legge vuole imperiosamente che sia espressa l'accettazione del donatario affinchè sieno più assai i casi di nullità. Del resto, espressa che è formalmente, non importa in quali termini sia concepita (articolo 932 (856)).

Oltre a ciò bisogna sempre a pena di nullità esservi lo spossessamento presente, irrevocabile del donante.

Esaminata nella sua natura e nei suoi effetti la importante regola della trascrizione, studieremo prima il principio fondamentale delle donazioni ordinarie, e poi quali eccezioni abbia recato il Codice alla irrevocabilità.

XL. — Conforme al novello principio già indicato, e che nel titolo seguente più ampiamente svilupperemo, la donazione con cui si trasferiscono dritti reali, si reca in atto per solo effetto del consenso e senza bisogno di tradizione; pure per quanto riguarda i beni capaci d'ipoteca, non è bastevole solo il consenso. Il trasferimento si compie in questo modo tra il donatario e il donante (e qualunque altra persona come vedremo); ma non esiste assolutamente e rispetto a tutti, se non mercè la trascrizione dell'atto, cioè la sua copia intera sul registro del conservatore delle ipoteche.

Quando si compilava il Codice, le donazioni erano soggette insieme ad una specie di registramento voluto da tre secoli col nome d'*insinuazione*, ed inoltre, come atti traslativi di proprietà immobiliare, alla trascrizione voluta dalla legge di brumaio anno VII. I compilatori del Codice osservando che dalla promulgazione di quella legge la insinuazione era venuta in disuso perchè poco utile, la tolsero di mezzo dichiarando che la pubblicità delle donazioni sarebbe abbastanza garentita dalla trascrizione prescritta dalla legge di brumaio.

Più innanzi allorchè si compilava il titolo delle *Ipoteche*, la legge di brumaio era stata abrogata, e la trascrizione fu solo richiesta per la purgazione delle ipoteche. Ma l'abrogazione non riguardava le donazioni, avvegnachè la trascrizione fosse richiesta per queste come speciale formalità per far le veci dell'antica insinuazione (art. 939 (863)).

Siccome la domanda di trascrizione è un fatto materiale per cui non vuolsi alcuna capacità, così la donna maritata anche senza autorizzazione, e il minore, anche non emancipato, possono far trascrivere la donazione fatta ad essi; ma il marito, il tutore, il curatore, non che gli amministratori dei pubblici stabilimenti, essendo

sempre soggetti ad un obbligo debbono rispondere se non lo adempiano. La medesima responsabilità hanno gli ascendenti, i quali usando della facoltà accordata loro dalla legge hanno accettato la donazione fatta al loro discendente minore, perocchè collo accettarla hanno implicitamente tolto sù di se l'obbligo di far compire la trascrizione (art. 940 (864)). Del rimanente, questa responsabilità è la sola garenzia dello incapace, e mancando la trascrizione, questi non può farsi rimettere nei suoi dritti quand' anche fosse insolvente chi doveva far trascrivere (art. 942 (866)).

Qui si tratta della trascrizione quale era ordinata dalla legge di brumaio; cioè che il difetto può solo essere allegato da quelli che dopo fatta la donazione hanno acquistato un dritto reale sopra l'immobile, un compratore, un creditore ipotecario, il concessionario di una servitù, e non già i creditori chirografari. Pure non possono dolersene quelli acquirenti del dritto reale che fossero appunto gl'incaricati di far trascrivere; e i terzi a cui avessero conferito un dritto reale sulla cosa, non avrebbero maggiori dritti di loro (articolo 941 (865)). Il donante che non ha mai potuto ignorare la donazione, ed è per altro tenuto a ristorare il donatario della evizione che gli produrrebbe, non può invocar mai il difetto di trascrizione, come nemmeno i suoi successori generali in cui passano le medesime obbligazioni di lui. Il nostro antico dritto con l'ordinanza del 1731 accordava l'azione anche agli eredi del donante, ma il Codice non ha voluto ripetere cotesta eccezione (*ibid.*).

La regola è fatta per quelli a cui il donante, fatta la donazione dell' immobile, abbia poi conferito un dritto reale sopra di essi. Ma non comprende i nuovi donatari; trattandosi solo dei terzi, i quali abbiano acquistato il dritto reale a titolo oneroso. Il Codice non si spiega abbastanza parlando delle donazioni semplici di cui è discorso, ma la regola fu dichiarata positivamente allorchè fu discusso il nostro titolo, e risulta ancora da ciò che fu espressamente detto per la trascrizione delle donazioni che contengono una sostituzione. Vana obiezione si farebbe; chè l'antico modo di render pubbliche le sostituzioni, la *pubblicazione*, differisce nell'indole e nei suoi effetti dalla *insinuazione* voluta per le semplici donazioni; e quindi non si può inferire dalla trascrizione per sostituzione che fa le veci della pubblicazione, alla trascrizione per donazione surrogata alla insinuazione. La obbiezione sarebbe di nissun valore; che monta la differenza che v'era un tempo fra l'insinuazione e la pubblicazione, essendo stati questi due vari modi soppressi e sostituiti dalla sola trascrizione? (art. 941 (865)).

Adunque l'azione per mancanza di trascrizione appartiene a quelli che reclamano per mantenere un dritto reale acquistato a titolo oneroso dopo la donazione, eccettuati da tale regola i successori generali del donante, e quelli che fossero incaricati di far trascrivere, e i loro aventi-causa.

Svolgiamo adesso il principio della irrevocabilità e delle sue eccezioni.

§ 1.—*Della irrevocabilità delle donazioni ordinarie.*

XLI. — Lo spossessamento del donante dev'essere presente; ciò importa non già che il donatario consegua immediate il godimento della cosa donata (potendo la donazione farsi a termine) ma che debba almeno aver conferito immediate un dritto certo per cui resti legato il donante. Bisogna inoltre che lo spossessamento sia irrevocabile, il che vale che la donazione sarebbe nulla se fatta in modo che il donante potesse giungere per diretto o per indiretto a renderla inefficace, e riprendere anche per equivalente il donato. — In tutto questo vedesi riconfermata l' antica massima, *donare e ritenere non vale.*

Così sarebbe nullo l'atto se il donante avesse donato la sua eredità, o una porzione di essa, o la tal somma da pren-

dersi sulla eredità (e che sarebbe dovuta quando la eredità avesse bastevoli entrate) avvegnachè in tutti questi casi la donazione non produrrebbe per il donatario un credito presente, ma darebbe solo una speranza che non diverrebbe mai un dritto, se il defunto non lasciasse una eredità solvibile. Bisogna che la donazione conferisca un dritto (sia *in re* sia *ad rem*) che al presente esista; la quale idea è espressa dal Codice col dire che la donazione debba riguardare beni presenti, e sarebbe nulla se riguardasse beni futuri. Per modo di esempio, la donazione riguarderà una cosa presente secondo il Codice, cioè: conferirà un dritto presente attribuendo al donatario una somma da ricevere, non già *se* vi sieno bastanti entrate nella eredità, ma solo *al tempo* della apertura della eredità. Allora non sarebbe una condizione ma un termine che non toglierebbe che il credito esistesse al presente; quand'anche poi la successione fosse insolvibile, il credito non dovrebbe esser meno soddisfatto dall'erede del donante se avesse puramente accettato. Nè importa, essendo il credito al presente costituito, che sia o pur no accompagnato dalla ipoteca sopra i beni che spettano oggi al donante; perchè, come bene ha detto la Corte Suprema, per la esistenza del dritto è di nessun rilievo il difetto di garenzia (art. 943 (867)).

La donazione sarebbe egualmente nulla fatta sotto una condizione che fosse in balìa del donante far o pur no eseguire; poichè allora il donante si riserberebbe un mezzo di disobbligarsi, e non sarebbe irrevocabilmente spogliato (art. 944 (868)).

Sarebbe pur nulla fatta con l'obbligo che il donatario soddisfi i debiti o altre somme che non fossero al presente determinate, e che quindi potrebbero essere o diventar pari al valore della cosa donata. Anche qui il disponente mentre dà, si riserba il mezzo di annullare la sua liberalità (art. 945 (869)).

Da ultimo sarebbe certamente nulla se il disponente avesse donato i beni riserbandosi la facoltà di disporne poi altrimenti (art. 946 (870)).

E si noti che in tutti questi casi la donazione è nulla per ciò solo che il donante può renderla inefficace, non avendo riguardo se ne abbia o pur no fatto uso. Così, avendo io donato il mio podere col carico di pagare i debiti che potrò avere dentro due anni, la donazione è, e resterà nulla, quando pure spirati i due anni io non avessi alcun debito. Ma comprendesi che sarà nulla quella sola parte di donazione che è revocata (*ibid.*).

XLII. — Non sarebbe donare e ritenere, il fare una donazione con la stipulazione che sarà risoluta, e i beni torneranno al donante se sopravviva al donatario, o al donatario che muore senza prole, o al donatario e alla sua prole; non dipendendo la sopravvivenza dalla volontà del donante. Di più questa stipulazione del dritto di ritorno è dalla legge formalmente permessa; ma in vantaggio del solo donante, nè potrebbe estendersi agli eredi di lui. Questa stipulazione, sebbene si fosse solo parlato di *premorienza o di sopravvivenza*, s' intenderebbe tanto della morte civile che della naturale; avvegnachè la prima apra la successione e faccia passare i beni agli eredi, del pari che la seconda. Effettuare il ritorno per la sopravvivenza naturale del donante già morto civilmente in vita del donatario, sarebbe il medesimo che attribuire il beneficio del ritorno, non al donante, ma agli eredi di lui, cosa non permessa dalla legge. Viceversa, non ammettere il ritorno per la morte civile del donatario o dei suoi discendenti importerebbe far passare i beni per effetto della morte civile, e non ostante che viva il donante, a quelli ai quali questi avea voluto anteporsi (art. 951 (875 e 876)).

Se la clausola di ritorno fosse stipulata non pel solo donante, ma per il donante e i suoi eredi, essendo contraria alla disposizione della legge, si terrebbe per non iscritta, come abbiamo di sopra veduto (numero XXXVI). Ma non si dica che presenterebbe allora una sostituzione, e trarrebbe quindi la nullità della stessa donazione.

La sostituzione, come vedremo nel capitolo IV, è una liberalità fatta in pro del

donatario in secondo luogo, nello interesse del quale il donatario principale è obbligato a conservare la cosa fino alla sua morte, onde trasmetterla a quello.

Qui gli eredi sarebbero chiamati non come donatari, ma come eredi del donante, come quelli che eserciterebbero dopo lui il dritto che egli aveva. La clausola di ritorno, estesa così dal donante ai suoi eredi, anzichè attraversare, come la sostituzione, l'ordine legale delle successioni, fa cessare quel disordine recato dalla donazione. Non vi sarebbe sostituzione come ha ben detto la Corte Suprema, quando col falso nome di dritto di ritorno la trasmissione dei beni fosse stipulata dal donatario o dai suoi figli ad estranei, ovvero per gli eredi del donante senza esserlo per lo stesso donante. Allora in fatti non sarebbe più *un ritorno* di beni al patrimonio del donante da cui erano usciti, ma veramente una donazione fatta in secondo luogo nella donazione principale, una vera sostituzione (*ibid.*).

Effettuandosi il dritto di ritorno, risolvendosi la donazione, e ritenendosi il donatario come se mai avesse avuto la proprietà dei beni, vengono meno immediatamente tutte le alienazioni e concessioni di dritti reali che avrebbero potuto fare. In un sol caso il Codice si slontana da questo principio. Allorquando la donazione si è fatta nel contratto di matrimonio del donatario, la legge per la presunta intenzione del donante permette che la moglie del donatario faccia valere la ipoteca legale sopra gl'immobili donati, ma soltanto per la sua dote, e le convenzioni matrimoniali e quando gli altri immobili del marito non sieno bastevoli (art. 953 (878)).

XLIII. — Dal divieto della legge di apporre nella donazione condizioni che dipendono dalla volontà del donante, come quelle che ne impediscono la irrevocabilità, non può certamente inferirsi di arbitrio il divieto di questa o quell'altra classe di condizioni (art. 951, n. V (876)).

Così, sebbene l'antica donazione per causa di morte sia rigettata dal Codice (il quale due sole maniere di disporre a titolo gratuito ammette, la donazione fra vivi ed il testamento) non bisogna conchiudere che non si potrebbe donare sotto la condizione che era un tempo uno dei caratteri della donazione per causa di morte, vogliamo dire della condizione che farebbe risolvere la donazione per la sopravvivenza del donante a quel pericolo o a quell'avvenimento.

Infatti dal non essere più ammessa la donazione per causa di morte bisogna inferire solamente doversi dichiarar nulla la donazione che ne riproducesse realmente i caratteri. Or la condizione da noi indicata era l'unico carattere di quella donazione. Dessa era quella, la quale fatta sotto tal condizione era inoltre 2° rivocabile a libito del disponente, e 3° rivocata di pieno dritto per la premorienza del donatario. Di più non è dubbio che la donazione la quale avesse questi tre caratteri; sarebbe affatto nulla (come donazione ordinaria, trattandosi di essa in questa sezione) ma allorquando la donazione porgerà un solo di tali caratteri, non si può più dire che sia l'antica donazione per causa di morte. Un tempo è vero il primo carattere impresso faceva riguardare come sottintesi gli altri due; ma non così oggi. Quando era permessa la donazione per causa di morte, era ben naturale la presunzione per mezzo del suo principal carattere che il donante a cui essa molto giovava, avesse voluto farla. Ma oggi che è nulla, non può darsi più luogo a tal presunzione, non presumendosi cause di nullità. La donazione fatta sotto la condizione risolutiva, resterà dunque donazione fra vivi irrevocabile, tranne che si avveri la condizione; soppressa la donazione per causa di morte, si deve appunto inferire la irrevocabilità, e non già la nullità della donazione.

§ 2. — *Eccezione al principio della irrevocabilità.*

XLIV. — Oltre alle condizioni risolutive a cui il disponente può assoggettare la sua

donazione, e di cui si è parlato nel precedente paragrafo, la legge medesima stabilisce senza che vi sia alcuna stipulazione, tre cause di revoca cioè : 1° lo inadempimento degli obblighi imposti alla donazione, 2° la ingratitudine del donatario, 3° la sopravvenienza dei figli al donante (art. 953 (878)).

E primieramente, la donazione soggetta ad obblighi, si fa di pieno dritto sotto la condizione che quelli saranno adempiti dal donatario, per modo che lo inadempimento fa risolvere la donazione insieme coi dritti reali, che il donatario avrebbe potuto consentire. Del resto, essendo il donatario obbligato ad adempiere gli obblighi, il donante è facultato o di far dichiarare la revoca, o di pretendere lo adempimento. L'azione che qui è puramente pecuniaria, apparterrebbe non solo agli eredi del donante, ma altresì ai suoi creditori. Ma può esercitarsi in 30 anni o si chieda l'adempimento, o si domandi la revoca (art. 954, 957, 1304 (879, 882, 1258)).

XLV. — La donazione può rivocarsi per ingratitudine del donatario , se questi attenti alla vita del donante, se si renda colpevole verso di lui di delitti, ingiurie, o sevizie abbastanza gravi ; infine se a lui neghi gli alimenti nei suoi bisogni , val dire quando non gli bastino i beni nè abbia parenti o affini legalmente obbligati a soccorrerlo, e che possano farlo. In questo, come nel precedente caso, il donante deve far dichiarare la revoca dal giudice; se non che l'azione dura un solo anno dal giorno in cui il donatario abbia potuto conoscere il fatto della ingratitudine, e si estinguerebbe anche se il donante abbia perdonato (art. 956, 957 (881, 882)).

La revoca può esser solo domandata contro il donatario dal solo donante; non potrà essere domandata nè contro gli eredi del donatario ; nè dagli eredi del donante. Pure la legge permette agli eredi del donante di continuare l'azione intentata da costui, o anche d'intentarla essi quando egli sia morto innanzi che spirasse l'anno, cioè essi hanno solo l'azione quale a loro è trasmessa dal defunto, cotalchè non potrebbero mai intentarla di proprio dritto per una ingiuria fatta alla memoria del defunto donante. La legge non fa alcuna eccezione alla prima parte della regola : la revoca per ingratitudine che è una vera pena, non può esser mai pronunziata che contro lo stesso colpevole (*ibid.*).

Perchè qui la revoca è una pena che deve solo soffrire il donatario, la legge , non ostante la risoluzione , conserva tutti i dritti che quello abbia potuto conferire ai terzi sopra i beni donati. E sebbene in principio , qualunque sentenza debba retroagire al giorno della domanda, qui retroagisce al giorno in cui la domanda è stata fatta pubblica colla iscrizione in margine della trascrizione della donazione, o nel corpo stesso del registro del conservatore , se non si fosse fatta la iscrizione (art. 958 (883)).

Quando i beni sono stati alienati prima della iscrizione , il donatario sarà tenuto al valore che quelli avrebbero al giorno della domanda se non fussero stati donati ; e se il donatario gli avesse gravato di dritti reali, ovvero deteriorato ne dovrà il ristoro. Egli deve ugualmente i frutti a contare dal giorno della domanda (*ibid.*).

La legge eccettua dalla regola per ingratitudine le donazioni fatte *in contemplazione del matrimonio*. Coteste donazioni son quelle che nel contratto di matrimonio si fanno al futuro coniuge da terzi, ma non già quelle che si fanno i coniugi reciprocamente. La donazione fatta a un coniuge da un terzo va anche in vantaggio dell'altro e dei figli che nasceranno, ed è veramente fatta in favore di tutta la famiglia e *in contemplazione* del matrimonio; al contrario quella di un coniuge all'altro non giova nè a chi la fa , nè ai figli, essendo un favore personale di chi la riceve. Di più il Codice avendo trattato in un capitolo speciale delle donazioni fatte in *contemplazione del matrimonio* cioè da terzi ai coniugi, tratta di quelle che si fanno i coniugi anche per contratto di matrimonio in un altro capitolo , e con nome speciale di donazione *fra coniugi*. La ragione e la morale chiedevano che le do-

nazioni dei coniugi fra loro rimanessero revocabili per ingratitudine. Imperochè se non conviene si revochi per colpa del donatario la donazione, che giova al suo coniuge e ai figli (perchè altrimenti si punirebbero gl'innocenti) sarebbe cosa assurda e immorale, se si accordasse il medesimo privilegio al coniuge che ha ricevuto dall'altro, e che per la sola qualità è molto più reo di qualunque altro donatario (articolo 959 (884)).

XLVI. — La terza ed ultima causa di revoca indicata dalla legge è la sopravvenienza di un figlio o discendente legittimo al donante, che non ne aveva al tempo della donazione (art. 960 (885)).

Primieramente si manda ad effetto la revoca quando il disponente abbia donato, allor che non avea legittimi discendenti. Il Codice non determina quest' ultima qualità parlando solo di figli o discendenti; ma fu dichiarato al Consiglio di Stato, che si adottava il dritto stanziato dalla ordinanza del 1731, a prescindere che la legge pareggiando i figli e gli altri discendenti, non porga altra idea di quella data da noi (non essendovi discendenti naturali). Nella nostra antica giurisprudenza un figlio naturale riconosciuto, non impediva la revoca. Indarno si vuol trarre argomento da che il Codice mutando in ciò la ordinanza, mantiene la donazione fatta da colui che ha un figlio naturale, sebbene poi legittimato. Imperocchè, siccome il figlio naturale esistente al tempo della donazione, impedisce che si revochi in suo vantaggio, così egli non deve impedirla per la nascita di figli legittimi, o per la legittimazione di figli naturali dopo la donazione. Ma ciò non solo; il cangiamento si è fatto per conseguire lo scopo moralissimo già indicato da Dumoulin, il quale benchè volesse la restrizione al principio, insegnava che in regola generale la presenza di un figlio naturale non impedirebbe la revoca. Se qui non conta il figlio naturale, nemmeno il figlio morto civilmente, avvegnachè legalmente non esiste nè può più essere erede del padre. Non così del figlio adottivo, essendo l'adozione una finzione che fra l'adottante e l'adottato costituisce una procreazione di figlio legittimo, e conferisce allo adottato tutti i dritti annessi alla qualità di figlio nato dal matrimonio. Adunque, siccome l'adozione fa sorgere il dritto di riduzione delle donazioni anteriori, così farà revocar quelle fatte dallo adottante quando era senza figli; e con più ragione, la presenza di un figlio adottivo al tempo che si fa una donazione non permette che poi si revochi quella liberalità, come fatta da un donante senza figli. — Quanto ai figli assenti, il solo mezzo di schivare l' arbitrio si è, di allontanare la supposizione e le congetture che ciascuno potrebbe fare, e tenersi rigorosamente a quelle elevate dal Codice a principî legali. Così finchè non vi sia stata dichiarazione di assenza, il figlio si reputerà vivente; dichiarata l'assenza, si stimerà morto nel giorno della sua scomparsa, o delle sue ultime nuove; ma quando si avrà una qualsia certezza, distrutto ciò che erasi fatto sopra semplici supposizioni, si rimetteranno le cose secondo i fatti noti (*ibid.*).

Del resto affin di rendere irrevocabile la donazione, non basterebbe che un figlio, o discendente legittimo del donante, fosse concepito quando si fa la donazione; la legge vuol formalmente che sia nato al presente (art. 961 (886)).

La causa di revoca che qui studiamo non si applica solo alle donazioni ordinarie, ma anche a quelle in contemplazione del matrimonio, val dire fatte nel contratto di matrimonio da terzi, in vantaggio dei coniugi o di uno di loro. Ma essa non riguarda le donazioni fatte fra coniugi sia durante il matrimonio o nel contratto nuziale. Differisce dunque doppiamente in questo dalla revoca per ingratitudine del donatario, che riguarda le donazioni che i coniugi si sono fatte nel loro contratto, e non già quelle ad essi fatte da altri. Le ordinarie donazioni o fatte in vantaggio del matrimonio van sottomesse alla revoca anche allorquando sono scambievoli o per rimunerazione; se i servigi però che la donazione deve ricompensare, sono valutabili in danaro, il donatario avrebbe dritto

ad un ristoro. Quanto alla mutua donazione, cioè fatta per reciprocanza di una ultra, la sua revoca, checchè se ne dica, non addurrebbe la nullità della reciproca donazione, perchè il donante non può essere spinto alla donazione dall'altra che a sua volta riceve; la donazione ha per unica causa il desiderio di conferire un beneficio. Che se i giudici riconoscessero in fatto che le due alienazioni sono state fatte l'una a causa dell'altra, non vi sarebbero più due donazioni ma un solo contratto a titolo oneroso, una permuta di cui le due parti dovrebbero essere mantenute (art. 960 (885)).

Vediamo intanto per quali circostanze si operi la revoca. Essa risulta dalla nascita di un fanciullo o discendente legittimo, cioè concepito in legittimo matrimonio, purchè nato vitale. Ma risulterebbe essa dalla nascita di un fanciullo concepito in matrimonio putativo? Non è dubbia l'affermativa, quando la buona fede costituente il matrimonio putativo, sia esistita nello sposo che ha fatto la donazione; non è del pari quando tal buona fede non è stata nell'altro sposo. Allora infatti la finzione di legittimità esiste sempre per il fanciullo che ben può dirsi figlio legittimo, e avere l'autore di cattiva fede per autore legittimo; ma tal finzione non esiste per l'autore il quale non può credersi padre legittimo, nè avere un figlio legittimo. La revoca, quantunque stabilita in considerazione del fanciullo, non è concessa che al donatore; ed è solo possibile quando questi può dire essergli sopravvenuto un figlio legittimo; or qui egli non può dirlo, non esistendo per lui la finzione di una filiazione legittima. La revoca risulta pure dalla legittimazione di un figlio naturale, purchè, come si è detto, non sia nato al tempo della donazione. Si è visto più sopra come la donazione sarebbe del pari rivocata dalla adozione. E lo sarebbe anche dal rientrare nella vita civile di un figlio morto civilmente quando si fa la donazione; perchè il donante essendo senza figlio legittimo quando ha donato, e avendone oggi uno legittimo, non può negare che un figlio legittimo gli sia sopravvenuto. In ultimo il ritorno dell'unico figlio nell'assenza del quale si è fatta la donazione prova che il figlio non era morto; la donazione non è dunque stata fatta senza figlio vivente; e perciò non può essere rivocata (art. 960 (885)).

Nella sopravvenienza del figlio, e differentemente di quel che avviene in caso di inesecuzione o d'ingratitudine, la revoca della donazione avviene di pieno dritto *ipso facto*, e senza che il magistrato la pronuncii. Essendo tal donazione non annullabile, ma immediatamente nulla, e ridotta al niente, essa non potrebbe esser confermata di poi nè per espressa ratifica, nè per rinunzia all'azione di reclamo, nè pel silenzio durato un tempo più o meno lungo: potrebbe solo il disponente fare una nuova donazione della cosa (art. 964 (889)). E se il donante compita la revoca non può utilmente rinnuziare all' azione di recupera, non può del pari rinunziare prima alla revoca; qualunque dichiarazione a tal riguardo sarebbe inutile. Quand'anche il disponente facendo la sua donazione nel contratto di matrimonio del donatario, avesse garentito la esecuzione di un tal contratto, e dichiarato che intende lasciare i beni sottomessi all'ipoteca legale della moglie, non ostante il caso di revoca, la revoca non annullerebbe l'ipoteca (art. 963, 965 (888, 890)); ma se il silenzio del donante e dei suoi rappresentanti, lungo che si voglia, non può mai render valida la donazione, potrebbe bensì fare acquistare la cosa al donatario colla prescrizione. La quale in tal caso, invece di correre dal giorno in cui l'avente-dritto ha potuto agire, cioè dal giorno stesso della revoca, corre dal giorno della nascita dell'ultimo figlio del donante, e invece di compirsi in dieci o venti anni in profitto dei terzi acquirenti, si compie in trenta anni, tanto per essi, che pel donatario. I frutti sono dovuti dal possessore a contar solo dalla notifica regolare a lui fatta della nascita o legittimazione del figlio (articolo 966 (891)).

SEZIONE II.

DONAZIONI FATTE IN VANTAGGIO DEL MATRIMONIO

XLVII. — Per donazioni in vantaggio del matrimonio s'intendono quelle fatte in un contratto ai futuri coniugi da' terzi.

La donazione per contratto di matrimonio può farsi 1° non solo come ordinaria donazione di beni presenti, ma 2° come donazione di beni futuri, cioè quando ha per oggetto i beni considerati in quanto esisteranno alla morte del disponente; 3° come donazione cumulativa di beni presenti e futuri; e 4° come donazione di beni presenti senza l'applicazione della regola *donare e ritenere non vale*, cioè sotto condizioni che dipendano dalla volontà del donante.

1° *Donazione di beni presenti*. Quando anche essa sia fatta come semplice donazione ordinaria; la donazione dei terzi ai futuri coniugi per contratto di matrimonio è sottratta a tre delle regole enunate nella precedente sezione: 1° essa non ha bisogno di essere accettata in termini formali (art. 1087 (1042)). 2° è sottomessa sempre alla tacita condizione che il matrimonio abbia effetto (articolo 1088 (1043)); 3° non è da revocarsi per ingratitudine del donatario (art. 959 (884)). Queste tre eccezioni al dritto comune, esistono pure per le altre donazioni di cui parleremo in questa sezione (gli stessi articoli). Per il dippiù la nostra donazione segue tutte le regole ordinarie (art. 1081 (1037)). Per esempio, essa non potrebbe farsi a persone non ancor concepite, nè quindi a figli da nascere da un futuro matrimonio, salvo i casi nei quali la facoltà di disporre (in secondo ordine) per persone non ancor concepite, esista in ogni liberalità, come vedremo spiegando la materia delle sostituzioni.

2° *Donazioni dei beni futuri*. Ogni persona purchè sia capace di donare può nel contratto di matrimonio di due futuri coniugi, dare dalle sostanze che lascerà alla sua morte, all'uno o ad entrambi, sì il totale, che una porzione aliquota, sia a tale o tal cosa determinata (art. 1082 (1038)). Questa donazione di beni futuri così fatta all'uno dei coniugi futuri o ad entrambi, può anche (ma solo nel caso in cui i donatarî morissero pria del donante) estendersi ai figli e discendenti da nascere dal matrimonio, i quali sono anche donatarî in secondo ordine sotto la condizione della premorienza dei principali donatarî. Più tal chiamata dei figli e discendenti, si presume di pieno dritto nel silenzio del donante. Ma se tal donante dichiarasse espressamente voler donare soltanto ai fidanzati, ed escluderne i loro figli, la presunzione non sarebbe più possibile: si è ben detto, innanzi il Corpo legislativo, la legale presunzione applicarsi solo « allorchè i donanti non hanno previsto il caso della loro sopravvivenza ». Ma questa chiamata di figli non concepiti, sia formale, sia presunta, essendo una eccezione al dritto comune, e non permessa o stabilita che solo per la sopravvivenza del donante al principale donatario, non potrebbe ella applicarsi ad alcun altro caso, nè, per esempio, alla rinunzia della donazione, che farebbe il donatario sopravvivendo al donante (articolo 1082 (1038)).

Più il Codice chiamando qui in mancanza di padre e madre, i figli ed altri discendenti, come se si trattasse d'una successione, intende con evidenza applicare a tal caso le regole analoghe a quelle della successione, specialmente in ciò che riguarda la rappresentazione.

La donazione così fatta dei beni che si lasceranno alla morte, toglie al donante la facoltà di disporre ulteriormente a titolo gratuito, tranne di cose di poco valore, dei beni compresi nella liberalità. Ma il donante si riserba il dritto di disporne, *come egli vuole* a titolo oneroso; ed ei non potrebbe (intanto che la sua liberalità è una vera donazione di beni futuri e non

sarebbe già donazione di beni presenti e futuri) interdirsi con una clausola formale la facoltà di alienare, od ipotecare tutto o porzione dei suoi beni.

Una tal convenzione allontanandosi dalle regole eccezionali che noi qui spieghiamo, cadrebbe sotto il principio generale che vieta ogni stipulazione sulle successioni di persone ancor viventi (articolo 1083 (1039)).

Tal donazione di beni futuri è quella che un tempo, e spesso anche oggi chiamasi col nome di *istituzione contrattuale*; ma questo nome che convenivagli un tempo (poichè era dessa davvero *una istituzione* di erede fatta per *contratto*) è oggi poco esatta, poichè non si creano più eredi, nè per contratto, nè per testamento. Dal principio che i donatari di beni futuri non sono eredi, ma semplici donatari, conseguita che nel caso stesso in cui fossero chiamati all'universalità del patrimonio, non sarebbero tenuti a pagare i debiti del defunto donante che fino alla concorrenza dei beni e non *ultra vires* (articolo 1082 (1038)).

Oltre alle tre eccezioni comuni a tutte le donazioni della nostra sezione (1° dispensa da accettazione espressa; 2° tacita condizione del matrimonio; 3° dispensa della revoca per ingratitudine); 4° e di quella che consiste nella chiamata dei discendenti da nascere dal matrimonio: la donazione dei beni futuri ne presenta anche altri due: 5° non ha bisogno d'esser trascritta, 6° diventa caduca per la sopravvivenza del donante al donatario o ai donatari (*ibid.*).

3° *Donazioni cumulative di beni presenti e futuri*. Non trattasi, come si è detto qualche volta, dell'unione di due donazioni, l'una di beni presenti, l'altra di futuri; ma d'una donazione unica, avente per oggetto in uno, e i beni attuali riguardati come beni presenti, e tutti i beni che esisteranno alla morte del disponente, la quale donazione al momento della morte riguarderà definitivamente o gli uni o gli altri, secondo la scelta che farà il donatario. In due parole è questa una donazione di beni futuri contenente la facoltà per il donatario di trasformarla alla morte del donante in donazione ordinaria dei beni che esistevano nel giorno del contratto (art. 1084, 1085 (1040, 1041)).

È una donazione di beni futuri e può estendersi e si estende di pieno dritto, tacendo il donante, ai figli da nascere dal matrimonio. Di conseguenza, se il donatario l'accetta come tale alla morte del donante, è obbligato rispettare le alienazioni fatte a titolo oneroso, e quelle a titolo gratuito per modici valori. Se al contrario il donatario al punto della sua morte dichiari di limitarsi a' beni che esistevano nel momento della donazione, la disposizione diventa ordinaria donazione, e il donatario può impugnare le alienazioni fatte, anche a titolo oneroso, dei beni che esistevano al tempo del contratto; purchè abbia cura di far trascrivere; poichè una liberalità si può opporre ai terzi come donazione ordinaria, col mezzo della trascrizione. Più bisogna che si inserisca nell'atto o vi si annetta lo stato dei debiti di cui il donante era gravato nel momento della donazione; purchè il donatario prenda i beni esistenti nel giorno della donazione pagandone i debiti che li scemavano. Dichiara la legge che in mancanza di questo stato, la disposizione resta donazione di beni futuri, e dovrà essere per l'intero accettata o rinunziata. Più in alcun caso il donatario non potrebbe credersi investito dei beni presenti dal giorno della donazione, poichè se la disposizione contiene virtualmente una donazione di beni presenti, è sotto una condizione sospensiva da adempirsi dopo la morte del donante (*ibid.*).

La donazione di beni presenti e futuri, salvo quel che abbiamo detto riguardo alla prescrizione, presenta le sei eccezioni al dritto comune da noi cennate per la semplice donazione di beni futuri (*ibid.*).

4° *Donazioni fatte sotto condizioni dipendenti dalla volontà del donante*. La donazione per contratto di matrimonio, quand'anche riguardi i beni presenti non va sottoposta alla regola *dare e ritenere non*

vale, essa può farsi a qualunque condizione, sospensiva, risolutiva, dipendente dalla volontà del donante. Se questa donazione è fatta a condizione di pagare i debiti che il donante potrà lasciare alla sua morte, o di soddisfare altri obblighi ch' egli è padrone di creare o di accrescere a suo talento. non sarà per questo la donazione meno valida e il donatario ne avrà il beneficio se acconsente a soddisfarne i debiti, o gli obblighi. È del pari, se il donante spogliandosene al presente si è riservata la facoltà di ulteriormente disporre di tutto o di una porzione dei beni donati, o di una somma da prendere so questi beni, la donazione sarà valida, ed i beni per i quali il donante non ha usato del suo dritto di disporre, resteranno o al donatario se il donante è premorto, o agli eredi nel contrario caso (art. 1086 (T)).

Quando la condizione, potestativa pel donante, a cui si è sottoposta la donazione di beni presenti, è sospensiva di modo che la donazione resta incerta, e non dà altro al donatario che una semplice speranza fino alla morte del donante, allora, agguagliandosi la disposizione alla donazione di beni futuri, la legge permette e presume anche la chiamata sussidiaria del discendente da nascere dal matrimonio; e per medesimezza di ragione, è dichiarata caduca la donazione, se il donatario e i suoi figli nati dal matrimonio premuoiano al donante. Non sarebbe del pari, se la condizione che lascia in sospeso l'effetto della donazione si compisse pria della morte del donatario, poichè allora costui sarebbe stato investito del dritto, e avrebbe visto, pria di morire, diventar pura e semplice la sua donazione. Che se la condizione che dipende dalla volontà del donante è risolutiva, di modo che la donazione è stata fatta puramente, ma da risolversi allo avvenimento della condizione, la premorienza del donatario non renderà caduca la donazione, poichè quegli sarà stato subito investito, nè al tempo della chiamata dei figli nati dal matrimonio come donatari in secondo ordine (il loro autore essendo morto investito del dritto) potranno essi domandare i beni come donatari, nè possono prenderli che come eredi *(ibid.)*.

La donazione così eseguita non deroga alla regola *dare e ritenere non vale*; essendo donazione tra vivi di beni presenti, resta sottoposta alla necessità della trascrizione.

SEZIONE III.

DONAZIONI FRA SPOSI.

XLVIII.—Le donazioni fatte da due sposi l'uno all'altro, seguono regole diverse, secondo che si fanno nel contratto di matrimonio o durante il matrimonio.

Donazioni tra sposi nel contratto di matrimonio. I futuri coniugi possono farsi nel loro contratto le quattro sorta di donazioni di cui si è parlato nella precedente sezione (art. 1091 (1046)), e tali donazioni seguono in tutto le stesse regole, salvo le tre seguenti modificazioni.

1° Esse sono sempre, come si è visto nel numero XLV, rivocabili per l'ingratitudine del donatario. 2° Non sono rivocabili per sopravvenienza di figli. 3° Mentre la maggior parte delle donazioni sopraddette (quelle di beni futuri, beni presenti e futuri, e beni presenti fatte sotto condizioni sospensive dipendenti dalla volontà del donante) estendonsi di pieno dritto ai figli da nascere premorendo il donatario; queste non estendonsi ad essi, nè possono esser fatte a loro vantaggio, nè anco con una espressa dichiarazione; la premorienza del donatario le farà sempre caduche (art. 1092 (1047)).

Del resto, ogni minore capace di contrarre matrimonio è anche per questo dichiarato capace di fare al suo futuro coniuge tutte le donazioni che vorrà. Deve solo essere assistito da coloro il cui consenso è necessario pel suo matrimonio (articolo 1095 (1049)).

Donazioni fatte tra sposi durante il matrimonio. Tali donazioni a causa del grande scambievole ascendente degli sposi, sono dichiarate dalla legge rivocabili a talento del disponente, non ostante ogni clausola contraria, e la revoca può esserne fatta dalla moglie senza bisogno alcuno di autorizzazione (art. 1096 (1050)). Ma quantunque si ravvicinino ai testamenti sotto tale aspetto, non sono meno donazioni tra vivi, e restano sottoposte a tutte le generali regole alle quali un testo speciale non le sottrae. Per esempio tali donazioni debbonsi accettare in termini espliciti; non possono esser fatte da un minore quando anche abbia più di sedici anni (sebbene potesse testare); non possono ridursi che dopo i legati *(ibid.)*. La legge non si spiega sui modi di revoca di questa donazione. Ma siccome una donazione non può con più facilità del testamento essere revocata, è naturale che i modi di revoca che indicheremo più tardi per il testamento sieno i soli da ammettersi per la donazione di cui trattasi.

Queste donazioni come quelle che si fanno nel contratto di matrimonio, possono essere di beni futuri, o di beni presenti e futuri, o fatte con condizioni dipendenti dalla volontà del donante. Ma non possono estendersi mai ai figli non ancor concepiti, e restano sottoposte al principio che può donarsi solo alle persone che esistono (*ibid.*).

Quand'anco sia di beni presenti, la donazione fatta tra sposi durante il matrimonio, deve dichiararsi caduca per la premorienza del donatario, benchè la legge ciò non spiega. Era così altra volta, e il Codice che fa una espressa disposizione per rigettare tale caducità, nel caso in cui lo sposo ha donato per contratto di matrimonio, e in cui la donazione è irrevocabile, non avrebbe di certo mancato, se avesse inteso qui rigettarla ugualmente, di spiegarsene positivamente: sarebbe stato indispensabile parlarne in questo secondo caso, e il silenzio della legge è qui assai significativo (*ibid.*).

Anche perchè la donazione di cui trattasi è sempre rivocabile a piacere del disponente, la legge dichiara che non sia revocata dalla sopravvenienza di figli (*ibid.*).

Osserviamo da ultimo che due sposi non possono farsi durante il matrimonio una mutua donazione in uno stesso atto; per la ragione stessa che s'indicherà nel numero 2 pei testamenti (art. 1097 (1051)).

CAPITOLO TERZO

DEI TESTAMENTI

XLIX. — Il testamento è un atto essenzialmente revocabile, con cui una persona dispone per il tempo in cui più non sarà, di tutto o di parte dei suoi beni; di modo che quest'atto in vita del testatore altro non è che il progetto di una disposizione che si perfeziona solo alla morte di lui (art. 895 (815)).

Il testamento, quali che sieno e per quanto estesi i dritti che può attribuire, oggi difformemente da quel che avveniva in Roma, e nei paesi di dritto scritto, non può mai fare altro che legati; sotto il Codice non vi sono più eredi nè per testamento, nè per contratto; la volontà dell'uomo non può fare che donatari o legatari. Ma il Codice nel bandire tal principio, non volle esser severo quanto alcune consuetudini che annullavano i testamenti fatti sotto i termini d'*istituzione di erede*; oggi la disposizione varrebbe sempre come legato, quali che fossero i termini usati dal testatore (art. 1002 (928)).

In questo capitolo noi tratteremo 1° della forma dei testamenti; 2° delle varie specie di legati e dei loro effetti; 3° della revoca dei legati, e della loro caducità; 4° in fine degli esecutori testamentari.

SEZIONE PRIMA

DELLA FORMA DEI TESTAMENTI

L. — Le regole intorno alla forma dei testamenti son varie secondo che questi sono; ordinari, ovvero permessi per eccezione, e per alcune peculiari circostanze; essendo comune a tutti i casi, che le varie regole indicate son sempre richieste a pena di nullità (art. 1001 (927 M)).

Altra regola che similmente si applica a tutti i casi, e che deriva dalla rivocabilità che è di essenza nel testamento si è, che più persone non possono far testamento in un solo atto.

Siccome le disposizioni fatte da più persone in un medesimo atto, si fanno generalmente in considerazione l' una dell' altra, e per una convenzione almeno tacita fra i disponenti, così sarebbesi autorizzata la contravvenzione alla fede promessa, permettendo ad uno dei disponenti la revoca ad insaputa degli altri; e d'altra parte, sarebbesi disconosciuta l'indole del testamento, imponendo qualunque condizione alla revoca (art. 968 (893)).

§ 1. — *Regole dei testamenti ordinari.*

LI. — La legge ammette tre sorta di testamenti: l' olografo, il pubblico, e il mistico.

Testamento olografo. — È quello che il testatore fa da sè solo senza nè testimoni, nè ufficiale pubblico. Per esser valido son necessarie tre condizioni.

Bisogna prima essere scritto per intero dalla mano del testatore; una sola parola di mano estranea che facesse parte del testamento, lo renderebbe nullo. — È necessario poi essere datato di mano del testatore. Per *data* deesi intendere l'indicazione dell' anno , del mese e del giorno in cui l'atto è fatto ; così chiedevasi nel nostro antico dritto, e così è intera la data degli atti. Quindi ci allontaneremmo dalla mente della legge, e getteremmo nell'arbitrio, chiedendo la indicazione dell'ora , ovvero del solo mese. Non basterebbe una data incompleta o inesatta. Se non che il testamento dovrebbe essere mantenuto se la data potesse completarsi, o rettificarsi colle circostanze dell'atto stesso; perchè allora la vera data sarebbe apprestata dal testamento. Del resto non importa in qual luogo essa sia posta, purchè si attacchi a tutto intero il testamento; se fosse dimostro in fatto che la data si applica solo a una parte, sarebbe nulla la parte senza data. — Il testamento infine dev'essere sottoscritto. E siccome la firma di una persona (*signum*) altro non è che il mezzo onde a piè degli atti si manifesta la propria identità, si dee ritenere come valida sottoscrizione , quella qualunque maniera che alcuno era uso d' impiegare negli atti civili (art. 970 (895)).

Nessun altra condizione vuolsi per il testamento olografo , e quindi può farsi in una lettera missiva, o in altro modo. Se non che fa d'uopo esaminare in fatto, se l'autore della lettera abbia voluto semplicemente annunziare un testamento che fa, o è per fare, o se la lettera stessa costituisca un testamento.

LII. — *Testamento pubblico*. — Dev' essere ricevuto da due notari alla presenza di due testimoni, o da un notaro alla presenza di quattro testimoni (art. 971 (896)).

Il testamento dev' essere dettato dallo stesso testatore. Il notaro o uno dei due di persona, deve scriverlo sotto la dettatura, non potendo nè togliere, nè aggiungere, tranne le modificazioni richieste nella scelta od ordinamento delle parole, dalle regole o convenienze dell' idioma. Scritto che è l'atto, devesi farne lettura al testatore alla presenza dei testimoni, acciocchè sia raccertato da tutti , che il notaio

abbia fedelmente scritto il pensiero del disponente.

Il notaro deve far menzione di aver compito le formalità, in maniera che la lettura dell' atto non lasci intorno a ciò alcun dubbio: se il contesto di un testamento pubblico faccia dubitare che alcuna delle forme non siesi adempinta, sarebbe per ciò nullo il testamento, quantunque poi fosse provato che la formalità è stata realmente adempita (art. 972 (897)).

L'atto dev' essere sottoscritto dal testatore se egli lo può, nel qual caso la mancanza di sottoscrizione farebbe sempre che l'atto non esistesse; ma la menzione della sottoscrizione è richiesta oggi come altra volta. — Se il testatore non può firmare, il notaro deve far menzione, e della dichiarazione del testatore sul proposito, e della causa che ne lo impedisce. Quando poi il notaro fa menzione che il testatore abbia dichiarato di non sapere scrivere, la causa dell'impedimento è con ciò indicata (art. 973 (899 M)).

Tutti i testimoni debbono sottoscrivere, tranne che l' atto non sia ricevuto in un comune che non sia una città, e non abbia una popolazione abbastanza numerosa e compatta, da trovarvisi facilmente molti che sappiano scrivere; in questo caso si vuole la sottoscrizione di metà dei testimoni (art. 974 (900 M)).

Sono incapaci di esser testimoni nel testamento pubblico: 1° i legatari, 2° i parenti ed affini di essi fino al quarto grado inclusivamente, compresovi necessariamente il coniuge che è il primo affine; 3° da ultimo gli scritturali del notaro o dei donatari. È necessario inoltre che i testimoni (ciò vuolsi anche pel mistico) sieno Francesi, maschi, maggiori, e che godano dei dritti civili. Non si potrebbero prendere per testimoni quelli che per esser sordi, o per altro vizio non potessero fisicamente compiere l' ufficio confidato loro dalla legge (art. 975 (901)).

Il testamento pubblico, perchè atto notarile, va suggetto in generale alle regole richieste per tutti gli atti notarili dalla legge di ventoso anno XI sulla organica del notariato; al qual principio si fa solo eccezione in quei punti che sono specialmente regolati dal Codice: *specialia generalibus derogant*. Così si applicherà la legge di ventoso per ciò che riguarda alla sottoscrizione, e alle cause d' incapacità del notaro o dei notari di cui non parla il Codice; ma non si applicherà per le qualità che debbono avere i testimoni del testamento pubblico, essendosi dal Codice fatto per essi un completo sistema, come vedremo *(ibid.)*.

Importante è un' altra osservazione per il testatore che non parlerebbe il francese. Allora si potrebbe conciliare il dovere del notaro (che deve compilare tutti gli atti in francese) colle regole indicate, trovandosi prima un notaro e testimoni che sappiano la lingua del testatore, compilandosi l'atto in francese, e nella lingua del testatore, e facendone poi lettura in questa lingua di cui il testo sarebbe come garenzia della fedeltà dell' altro (articolo 972 (897)).

LIII. — *Testamento mistico*. — Si compone di due parti: la scrittura che contiene le volontà del defunto, e il verbale che raccerta di essersi adempite le formalità richieste onde provarsi la identità della scrittura, prevenendo qualunque alterazione o sostituzione (art. 976 (902)).

L' atto che contiene la manifestazione delle volontà può scriversi da chicchessia, purchè il testatore lo sottoscriva se può. — Il testatore deve poi chiudere e suggellare, o far chiudere e suggellare, o la carta che contiene lo scritto, o l'involucro in cui è stata posta. Chiusa così, e sigillata la scrittura, o mentr'egli la fa chiudere e sigillare, il testatore deve presentarla a un notaro e a sei testimoni, dichiarando esser quello il suo testamento scritto e sottoscritto da lui, o scritto da altri e sottoscritto da lui secondo i casi *(ibid.)*.

Affin di raccertare la presentazione e la dichiarazione, il notaro stende di sua mano un verbale, che chiamasi *atto di soprascrizione*, perchè scritto sulla carta che è stata chiusa e suggellata, e non sopra una minuta separata.

Quest'atto dev'essere sottoscritto dal testatore, dal notaro, e da sei testimoni, non essendovi in questo testamento, come pel pubblico, dispensa per le campagne, e non potendo un secondo notaro far le veci di due testimoni. Se lo stesso testatore per un impedimento sopravvenuto dopo aver firmato la scrittura intera, non potesse firmare la soprascrizione, basterebbe la dichiarazione fatta da lui, e di cui il notaro dovrebbe far menzione. Quando il testatore non abbia potuto firmare la scrittura del testamento, dev'essere chiamato nell'atto di soprascrizione un settimo testimone che possa firmare come gli altri sei, e farsi menzione della causa per cui si è chiamato (art. 976 e 977 (902 e 903)).

Tutte le formalità che si riferiscono alla presentazione della scrittura, e alla compilazione del verbale di soprascrizione, debbono farsi in continuazione, cioè senza occuparsi di altri affari, e senza altro intervallo tranne quelli necessari per la salute delle persone (art. 976 (902)).

Essendo atto notarile la soprascritta del testamento pubblico, nè il Codice avendo determinato alcuna incapacità relativa pei testimoni chiamati a quell'atto (che vuole sieno Francesi, maschi, godenti dei dritti civili) deesi seguire la legge di ventoso anno XI, ed escludere dal far da testimoni i parenti, affini, scritturali, e servitori del notaro e del testatore (*ibid.*).

Coloro che non possono leggere, nè potrebbero quindi conoscere da sè il contenuto della scrittura che avrebbero fatto eseguire, non possono fare un testamento mistico. A colui che non può parlare, ma che sa scrivere, è permesso dalla legge di fare il testamento mistico attestando in iscritto nell'atto di soprascrizione, che la carta che egli presenta contenga il suo testamento; ma la legge vuole dippiù che il testamento sia allora scritto per intero, datato e sottoscritto da lui, e che il notaro faccia menzione che l'attestazione apposta nella soprascrizione sia stata scritta dal testatore.

Si noti che l'atto che contiene la volontà, essendo scritto così per intero, datato e sottoscritto dal testatore, costituisce per se stesso un testamento olografo; cotalchè la nullità della soprascrizione renderebbe nullo il testamento come mistico, ma lascerebbe sussistere un atto che abbia tutti i caratteri del testamento olografo, e valido quindi come tale (art. 978, 979 (904, 905)).

N. B. I testamenti mistici, od olografi, non possono alla morte del testatore eseguirsi, se non previe alcune formalità:

1° Il testamento dev'essere presentato al presidente del tribunale del dipartimento in cui la successione sia aperta;

2° È aperto dal presidente che stende un verbale in cui descrivesi lo stato dell'atto;

3° È deposto fra le minute del notaro che è indicato dall'ordinanza del presidente.

Essendo mistico il testamento, si devono chiamare alla sua apertura quei notari e testimoni che han firmato la soprascrizione, se fossero ancora viventi e sulla faccia dei luoghi (art. 1007 (933 M)).

§ 2. — *Regole particolari ai testamenti privilegiati.*

LIV. — Sono stabilite dalla legge alcune regole speciali e di favore richieste dalle circostanze 1° pei testamenti militari, 2° per quelli fatti in un luogo in cui vi è contagio, 3° pei testamenti fatti in mare, 4° in fine per quelli che un Francese fa in paesi forestieri.

Testamento militare.

Questo testamento è solo permesso ai soldati e a quelli che seguono l'esercito per commissione del Governo, che trovansi di presente in una spedizione, nel quartiere o in guarnigione, fuori del territorio o in un punto del territorio in cui le comunicazioni sono interrotte dalla guerra. Esso può esser ricevuto 1° da un capo di battaglione, o di squadrone, o di altro uffiziale superiore, presenti due testimoni:

2° da un sottintendente militare, ed anche in presenza di due testimoni, 3° da due sottintendenti: 4° finalmente quando il testatore trovasi in uno ospizio come ammalato, o ferito, dall'ufficiale di salute in capo, presente il comandante militare dell'ospizio. Tal testamento è nullo dopo sei mesi, a contare dal momento in cui il testatore ha perduto il dritto di testare militarmente, e ha potuto fare un testamento ordinario (art. 981, 984 (907 M, 910)).

2. *Testamento fatto in tempo di peste.*

Allorchè a causa del contagio le comunicazioni sono rotte con un paese, tutti gli individui che quivi trovansi possono fare stendere il loro testamento dal giudice di pace, o dal suo supplente, o dal sindaco o aggiunti del loro comune, presenti due testimoni. Tal testamento, come il precedente, resta valido durante sei mesi, a contare dal giorno in cui il suo autore ha perduto il dritto di farlo, e ha potuto testare nell'ordinaria forma (art. 985, 987 (911, 913)).

3. *Testamento fatto sopra mare.*

LV. — Il testamento fatto in un viaggio per mare purchè non sia in un momento in cui una nave approda in terra (francese o straniera) in cui troverebbesi un ufficiale pubblico francese che abbia l'ufficio di ricevere i testamenti, può essere ricevuto: su' bastimenti dello stato, dall'ufficiale che comanda in capo in presenza dell'ufficiale dell'amministrazione, e sui bastimenti di commercio, dallo scrivano della nave assistito dal capitano, e in tutti i casi in presenza di due testimoni. In caso d'impedimento di tali individui, e specialmente se il loro testamento devesi ricevere, il dritto passa a coloro che sono incaricati di sostituirli nel servizio (art. 988, 989 (914, 915)).

L'atto deve farsi in doppio originale. Se il bastimento approda in un porto straniero in cui trovasi un console di Francia, gli si dà uno dei duplicati suggellato, o altrimenti chiuso, che egli fa giungere al ministro della marina. Questi fa farne il deposito all' ufficio della giustizia di pace nel domicilio del testatore. Tornato in Francia il bastimento, li due originali, o quello che resta, son consegnati all'ufficio del preposto all'iscrizione marittima, che fa giungerli al ministro della marina, purchè il deposito sia eseguito come si è detto.

Della consegna così fatta al console o al preposto, deve farsi menzione sul ruolo del bastimento al margine del nome del testatore. Del resto le regole da noi indicate, che mirano a garentire la conservazione materiale del testamento, non interessandosi per nulla della perfezione dell' atto, non sono come le altre regole della nostra sezione, da eseguirsi a pena di nullità (articolo 990, 992 (916, 918 M)).

Il testamento marittimo cessa di esser valido, passati tre mesi, dacchè il testatore ha perduto il diritto di testare in tal modo, e ha potuto fare un ordinario testamento (art. 996 (922)). In ogni testamento fatto sopra mare, quand'anche non fatto nella forma speciale di cui si è parlato, ma in modo olografo, il Codice riproducendo le regole del nostro antico dritto, dichiara nullo il legato fatto in favore di un uffiziale del bastimento, a meno che questi non fosse parente del testatore, fino al duodecesimo grado inclusivamente (art. 997 (923)).

LVI. — Ognuno dei tre cennati testamenti deve essere firmato dal testatore, se non è impedito, da uno almeno dei due testimoni, o da coloro che han ricevuto l'atto; non firmando il testatore, dee dichiarare il suo impedimento, e l'uffiziale compilatore far menzione della sua dichiarazione, e della cagione dell'impedimento. Se l'uno dei testimoni non firma, l' ufficiale deve pure annunziare l'impedimento e la sua causa (art. 998 (924)).

Dal Codice prescrivendosi per i casi eccezionali, di cui si è trattato, un sistema compito e indipendente dalle regole ordinarie, devono applicarsi a questi casi eccezionali le regole da noi indicate, e particolarmente gli ufficiali speciali eletti per queste circostanze non possono procedere in altro modo di quello da noi detto, nè possono ricevere un testamento mistico. Quanto al testamento olografo, gli è chiaro po-

tersi far sempre all' armata, in tempo di peste, o sopra un bastimento; ma non come testamento privilegiato, bensì come ordinario, e secondo le regole generali (*ibid.*).

LVII. — *Testamento fatto in paese forestiere.*

Oltre il testamento che il Francese può fare in paese forestiere colle forme volute dalla legge del luogo, secondo la regola *locus regit actum* (1), il Francese può fare un testamento olografo in qualunque luogo si trovi, e quand'anco la legge del paese non ammetta quella tal forma di testamento. Il Codice allontanandosi in questo dagli antichi principî, ha formato di tal regola uno statuto personale che segue il Francese ovunque (art. 999 (925)).

Oltre la forma olografa, e le forme ammesse nel paese in cui egli si trova, può il Francese, anche nei paesi stranieri, far ricevere il suo testamento come atto autentico (secondo le forme francesi) dal cancelliere del consolato francese. Infatti molte leggi, specialmente l'ordinanza del 3 marzo 1781, formanti regole di dritto pubblico, e che non sono state abrogate dal Codice, attribuiscono ai cancellieri del consolato gli uffici di notaro in faccia ai Francesi che a loro si dirigono (*ibid.*). Ogni testamento fatto in paese straniero può essere eseguito su' beni di Francia dopo essere stato registrato all'ufficio del domicilio del testatore, ed oltre a ciò, quando trattasi d'immobili, all'ufficio del luogo ove essi sono siti (art. 1000 (926)).

SEZIONE II.

DELLE DIVERSE SPECIE DI LEGATI

LVIII. — Distinguonsi tre sorta di legati, il legato universale, il legato a titolo universale, il legato particolare.

Del legato universale.

Il legato universale è quello che dà il dritto, almeno eventualmente, all'universalità dei beni del testatore. Legando io tutto ciò che lascerò di beni disponibili, fo un legato universale; potendo il totale del mio patrimonio esser disponibile alla mia morte. È pur lo stesso del legato col quale dò a Pietro tutti i miei beni, quantunque leghi tali o tali beni particolari ad altri individui; potendo costoro non venire. In breve, essendo possibile ottenere l'universalità dei beni, il legato è universale. Bisogna però che vi sia la chiamata all' universalità, cioè a tutti insieme i beni considerati in massa, e come unità.

Il legato che darebbe questa cosa, e poi altra, e poi altra, sarebbe sempre un legato particolare, quand'anche nominasse mano mano tutti i beni del testatore (articolo 1003 (929 M)).

Quando il testatore che ha fatto un legato universale, lasci eredi riservatari che accettano la sua eredità, questi hanno il possesso legale, non solo della loro riserva, ma dell'intera successione, ed il legatario universale deve ad essi dirigersi per avere la frazione di cui è proprietario. Pur nondimeno, e quantunque l'erede sia così divenuto il solo possessore dei beni sino al rilascio, la legge (a non privare il legatario universale dei pecuniari vantaggi legati al titolo d' erede, cui ne toglie gli onori) dà a questo legatario, dal giorno della morte, i frutti della porzione dei beni che a lui appartengono. Ma bisogna a tal uopo ch'ei chieda il rilascio nell'anno della morte, altrimenti i frutti non gli sarebbero dovuti, che dal giorno in cui il rilascio fosse stato giudiziariamente chiesto, o volontariamente accordato (art. 1004, 1005 (930, 931 MM)). Non essendovi eredi *riservatari*, il legatario universale è inve-

(1) Dal testare che può il Francese in paese straniero secondo le forme del paese, non bisogna conchiuderne, che ei potrebbe contro il divieto della legge fare un testamento congiuntivo. Ogni regola, sia permissiva, sia proibitiva, portata su questo punto, è più d' una semplice quistione di forma; d'altronde non ha relazione colle necessità che hanno introdotto il principio: *locus regit actum*.

stito dalla legge di tutti i beni della successione dalla morte del testatore (articolo 1006 (932)). Pure non ostante tal possesso di dritto, quando il testamento è olografo o mistico, il legatario può mettersi in possesso di fatto, adempite che abbia le formalità di sopra cennate (numero LII *in fine*), ed autorizzato a prender possesso da un ordine del presidente del tribunale.

Il patrimonio di un individuo non essendo altro che tutte le sue entrate diminuite di tutte le uscite, il legatario universale nel raccogliere l'intera successione deve soddisfare da sè i pesi ereditari sino alla concorrenza solo dei beni; che se esistano eredi riservatari, ed ei ne raccolga una semplice frazione, deve una frazione proporzionata di debiti. Siccome i legati devono esser soddisfatti non da tutti insieme i beni, ma dalla parte disponibile di essi, il legatario universale è obbligato soddisfarli, poichè s'impossessa di tutto il disponibile. Pur nondimanco allorchè il suo legato viene ridotto, può egli far ridurre proporzionatamente gli altri legati (articolo 1009 (935)).

LIX. — *Del legato a titolo universale.*

Il legato a titolo universale è quello con cui il testatore dispone o 1° d'una porzione aliquota dell'universalità dei beni, o 2° dell'universalità dei suoi immobili, o 3° dell'universalità dei suoi mobili, o finalmente 4° di una porzione aliquota dell'una o dell'altra di queste universalità (articolo 1010 (964)).

Il legatario a titolo universale non ha mai il possesso dei beni ai quali è chiamato; deve chiederne il rilascio secondo i casi, dagli eredi, o dal legatario universale, o dai successori irregolari, o finalmente dal curatore della eredità giacente. Quanto ai frutti, la benigna disposizione che li attribuisce al legatario universale anche dal giorno della morte, non è per lui riprodotta, e quindi non avrà mai dritto se non che dal giorno del rilascio regolarmente chiesto o accordato all'amichevole (art. 1011, 1005 (965, 931 M)).

Il legatario a titolo universale paga i debiti in proporzione della quota dei beni alla quale è chiamato, e soddisfa i particolari legati, secondo il principio già riconosciuto, in proporzione di ciò che acquista, non su tutti insieme i beni, ma sul disponibile. Non sarebbe del pari, se il legato a titolo universale fosse d'una certa specie di beni, e vi fossero particolari legati che riguardassero beni compresi in essa specie: il legatario a titolo universale li dovrebbe allora, anche per la natura delle cose, in proporzione di quel che egli acquista in quella classe di beni. In tal modo il legatario di tutti gl'immobili soddisferà solo il legato d'una tal casa (art. 1012, 1013 (966, 967)).

LX. — *Dei legati particolari.*

Ogni disposizione testamentaria che non sia nè un legato universale, nè un legato a titolo universale, è un legato particolare. Così l'assegnazione di tutti i mobili e di tutti gl'immobili, o anche di tutti i beni, fatta distintamente e con determinare gli oggetti, è un legato particolare. Tale è la disposizione, fatta anche in massa di tutti gl'immobili di tal natura (tutti i boschi) o di tutti quelli che sono in un tal paese; come tale è del pari ogni disposizione di usufrutto, quand'anche tocchi l'universalità dei beni (art. 1010, numero III (904)).

Il legatario particolare, come il legatario a titolo universale, ha solo dritto ai frutti dal giorno in cui il rilascio è giudiziariamente chiesto, o volontariamente consentito. Ma il dritto ai frutti e agl'interessi esiste a contare dalla morte: 1° quando il testatore abbia espresso la sua volontà intorno a ciò; 2° quando trattasi di una rendita vitalizia, o d'una pensione legata a titolo di alimenti; e 3° quando il legatario trovavasi già in possesso della cosa, pria della morte del testatore (art. 1014, 1015 (968, 969)).

Oltre all'azione personale che per l'esecuzione dei legati appartiene al legatario contro il debitore, o i varî debitori di un tale legato (e che essendo molti i debitori dividesi in proporzione di ciò che o-

gnuno ha nel disponibile) e oltre quella di rivendica, quando il legato riguarda la proprietà d'un corpo certo, la legge dà al legatario sugl' immobili della successione una azione ipotecaria che per una falsa interpretazione del dritto romano si esercita contro ogni debitore per la totalità del legato. Dippiù il debitore dei legati, sia anche erede puro e semplice, deve soddisfare i legati non già *ultra vires*, ma fino alla concorrenza dei beni disponibili, perchè vi è obbligato non come continuatore del defunto (che non li doveva) ma qual possessore dei beni disponibili (articolo **1017** (**971**)).

Il legato d'una tal cosa determinata ne abbraccia necessariamente gli accessori; e siccome gli è al momento della morte del testatore che la cosa legata diventa proprietà del legatario, essa gli appartiene nello stato in cui trovasi. Così gli abbellimenti, le piantagioni, i ripari, o aggiunzioni di costruzioni, e tutte le altre migliorie fatte nell'intervallo da quando fu fatto il testamento, alla morte del testatore, gioveranno al legatario. Ma quando sono nuovi immobili acquistati a lato di quello legato, non sono riguardati come accessori del primo, e il Codice li dà al legatario nel solo caso in cui è un ricinto, e che il testatore ha ingrandito le siepi, in modo da formarne un sol ricinto più considerevole. Che se invece di accrescere fabbricati già esistenti, il testatore abbia costrutto su di un terreno dianzi nudo, bisognerebbe distinguere: se il fabbricato sia l'accessorio del terreno (come sarebbe il padiglione d'un giardino, o le fabbriche d' un *podere*) il tutto è compreso nel legato. Ma se la terra, il prato, il giardino, ecc. sono scomparsi, e vi sorge invece il fabbricato, il giardino o altra terra leguta, trovansi giuridicamente distrutti, e il legato svanisce come vedremo nella seguente sezione. Secondo gli stessi principi, se al momento della morte l'immobile legato sia ipotecato, il legatario (che non è certamente obbligato a pagare il debito) deve star soggetto alla ipoteca, nè può costringere l'erede a liberare gli immobili innanzi che ne sia venuto il tempo, a meno che il testatore non abbia espressa una contraria volontà (art. **1018**, **1020** (**972**, **974** M)).

Legando il testatore direttamente un corpo che appartiene ad altri, il legato è nullo, senza pur riguardare se il testatore conosceva o no che la cosa non gli appartenesse. Tal nuovo principio dovrà seguirsi per determinare gli effetti del legato col quale il testatore darebbe tutta, o una porzione d'una cosa di cui egli ha una parte indivisa. Cotali effetti saranno diversi: 1° secondo che il testatore ha legato, o l'immobile, o una tal frazione di esso, o solo la porzione indivisa che egli avea al presente in esso immobile: 2° secondo che l'indivisione della cosa sarebbe o no cessata pria della morte del testatore; e 3° finalmente, secondo che, cessata la indivisione, la cosa fosse toccata per intero al testatore, o in parte, o non gli fosse appartenuta affatto (art. **1021** (**975**)).

Nel legato d'una cosa ***in genere***, la scelta, tranne che una dichiarazione contraria non vi sia del testatore, spetta al debitore del legato il quale deve dare una cosa di mezzana qualità (art. **1022** (**977**)).

Il legato fatto a un creditore gli si può fare in compenso del suo creditore a fin di dargli un nuovo titolo, e forse più vantaggioso; ma tal natura puramente di compenso del legato non deve presumersi, e può solo essere ammessa, allorquando emerge dai termini del testamento (art. **1023** (**978**)).

I debiti che non gravano su tale o tal proprietà speciale, ma su tutto insieme il patrimonio, non debbono essere soddisfatti dal legatario particolare. Ma gli è evidente che se il testatore, con legati particolari, abbia donato più delle sue entrate, i legati sarebbero nulli fino alla debita concorrenza; perchè l' estinto ha donato realmente ciò che non gli apparteneva; ***non sunt bona nisi deducto aere alieno***; ***nemo liberalis nisi liberatus***.

LXI. — Secondo il principio del dritto comune che pone le spese del pagamento a carico del debitore, colui che deve

il legato soffrirà le spese del rilascio; ma non applicherebbesi più tal principio in faccia ad eredi riservatari, nel caso in cui il valore riunito delle spese del rilascio e del capitale dei varî legati, sorpassassero la somma del disponibile. Quanto alle spese di mutazione di proprietà, sono naturalmente a peso del legatario. Ma una espressa dichiarazione del testatore può cambiare sì l'una che l'altra regola, purchè la riserva non sia mai tocca (art. 1016 (970)).

Ogni legatario può sempre fare registrare il testamento per la disposizione che lo riguarda, mentre il nostro antico dritto ciò non permetteva (*ibid.*).

SEZIONE III.

DELLA REVOCA E DELLA CADUCITÀ DEI LEGATI

LXII. — I legati possono essere revocati sì pel cangiamento di volontà del testatore, e sì per sentenza del giudice, dopo la morte di quello, per una delle cause di indegnità previste dalla legge. Possono inoltre diventare inefficaci, caduchi colla distruzione della cosa, con la premorienza d'incapacità o rifiuto del legatario; ma qualche volta la caducità può esser costretta dallo effetto del dritto di accrescimento. Ciò sarà spiegato nei due seguenti paragrafi.

§ 1. — *Della revoca.*

LXIII. — La revoca può risultare, abbiam detto, anche dalla volontà del donante la quale può essere espressa o tacita.

La revoca espressa non può farsi verbalmente, è valida, allorquando è espressa in un testamento posteriore, o in un atto autentico. Ma bisogna che il testamento o l'atto autentico portante revoca non sieno nulli per difetto di forma, chè così essendo, non avrebbero esistenza legale. Ma se un tal testamento portante revoca allorchè fosse nullo come testamento, sarebbe valido come atto autentico (perchè violate le regole del Codice si sarebbero eseguite quelle della legge del ventoso) vi sarebbe revoca, poichè allora lo scritto era in uno testamento e atto autentico, e resta valido in tale ultima qualità. Crediamo noi invece e contro la comune opinione che la revoca sarebbe senza effetto se fatta in un atto scritto, datato e sottoscritto dal testatore, ma non contenente alcuna disposizione di beni. Invano direbbesi che un tal atto costituisce un testamento perchè fa ritornare agli eredi i beni assegnati in pria al legatario. L'errore è palpabile; poichè gli eredi verrebbero allora, non in virtù di un testamento, ma quali successori *ab intestato absque testamento*. Saria vano ancora il dire che se l'atto non è un testamento, ne ha la forma, e ciò basti: ma non è così, poichè la legge ha cura di dire, che quando l' atto non è un testamento, bisogna che sia autentico (art. 1035 (990)).

La revoca tacita ha effetto pei legati che trovansi incompatibili con altri posteriori, cioè quando emerge dalle circostanze che il testatore abbia voluto sopprimere le prime disposizioni e sostituirvi le altre (articolo 1036 (991)).

La revoca tacita risulta anche da ogni alienazione che fa il testatore della cosa legata, quand'anche tale alienazione fosse assolutamente nulla in dritto; quel che chiede la legge, si è che il testatore abbia voluto e creduto di alienare. Ma non basterebbe una alienazione fatta con condizione sospensiva che non si è adempita, poichè allora il testatore non ha inteso alienare

l' oggetto o toglierlo al legatario. se non quando si avverasse il tale avvenimento che non si è compito (art. 1038 (993)). Ma una terza ed ultima causa di revoca tacita è la soppressione dell'atto testamentario *(ibid.)*.

Allorquando un testamento è rivocato in tutto o in parte, o espressamente o tacitamente, da un testamento posteriore, la revoca avrebbe sempre effetto quand' anche il secondo, valido nella forma, non fosse efficace (art. 1037 (992)). Se la ritrattazione della revoca faccia rivivere il testamento rivocato, è qoistione d' intenzione che dovrà risolversi secondo le circostanze *(ibid.)*.

LXIV. — Abbiam detto che la revoca dei legati può anche esser pronunziata dopo la morte del testatore. In fatti la legge permette che si pronunzii 1° per inadempimento degli obblighi imposti al legatario, 2° per attentato alla vita del testatore, 3° per sevizie, delitti o ingiurie gravi verso il testatore; 4° infine per ingiuria grave alla memoria del testatore defunto (art. 1046 (1001)).

In quest'ultimo caso la legge restringe l'azione di revoca ad un anno dal giorno del delitto; la protrae a trenta anni, per lo inadempimento degli obblighi, e negli altri due casi la fa durare quanto l'azione penale o correzionale (articolo 1047 (1002)).

§ 2. — *Della caducità e del dritto di accrescere.*

LXV. — Il legato diventa caduco, cioè cade e vien meno in quattro casi: 1° quando muore il legatario o innanzi la morte del testatore, essendo il legato puro e semplice o a termine, o innanzi che si compia la condizione, essendo la disposizione condizionale (art. 1039, 1040 (994. 995)), 2° quando la cosa legata vien meno innanzi la morte del testatore. E si noti che la cosa può estinguersi giuridicamente e sussistere fisicamente, come dei pezzi di legname di cui il testatore avrebbe fatto costruire una nave, un campo su cui avrebbe fatto edificare, e fosse divenuto uno dei quartieri della città, ecc. (art. 1042 (997)). — 3° quando il legatario rifiuti il legato (art. 1043 (998)), 4° infine quando è incapace di raccoglierlo *(ibid.)*.

LXVI. — La premorienza, il rifiuto o la incapacità del legatario non producono sempre almeno la assoluta caducità del legato.

Invero colui che premuore, nega, od è incapace, può essere uno di più legatari di cui ciascuno era chiamato alla totalità della cosa; e in questo caso la esclusione del legatario, anzichè far tornare la cosa al debitore del legato, ne farà attribuire una maggior parte al collegatario di colui che non raccoglie; allora v'è caducità rispetto al legatario che manca, ma non già rispetto al legato. Cotesta facoltà che ha un collegatario, di conseguire nella cosa legata a più persone una porzione maggiore di quella che avrebbe avuto se tutti i chiamati fossero venuti, è stata chiamata ***dritto di accrescimento***; ma è piuttosto ***non decrescimento*** del dritto alla totalità, o almeno ***decrescimento minore*** di quello che avrebbe sofferto se tutti i chiamati fossero venuti in concorrenza.

Il non decrescimento (o lo accrescimento per usare la espressione comune) non può avere effetto che fra legatari chiamati tutti alla stessa cosa e ciascuno per lo intero; nè potrebbe averne fra quelli che fossero chiamati ad oggetti distinti, ovvero, il che è tutt'uno, a parti distinte di una stessa cosa (perchè le due parti di una cosa formano due cose distinte considerandosi separate l'una dall'altra). Ciò si esprime con dire che l'accrescimento non ha effetto che pei legatari ***congiunti***, che nei legati fatti ***congiuntamente***.

Ma quando il legato sarà fatto congiuntamente, quando ciascuno dei diversi legatari sarà chiamato alla totalità della cosa? Ciò dipende dalla intenzione che ebbe il testatore, e che si dovrà come sempre decidere secondo le circostanze. Il Codice

quindi riprodusse qui con ragione le regole assolute e matematiche del dritto romano e del nostro antico dritto, che dovevano inevitabilmente far disconoscere spesso il pensiero del disponente. — Il Codice senza tornare all'antica classificazione delle congiunzioni *re tantum*, *re et verbis*, *verbis tantum*, pone il principio di ragione, che vi sarà accrescimento quando i legati saranno fatti congiuntamente, cioè con la chiamata di ciascun legatario alla totalità, abbandonando ai magistrati il decidere in fatto se vi sia o pur no la chiamata allo intero. Pure indica due casi nei quali la congiunzione, la chiamata alla totalità per ciascuno presumesi di pieno dritto: 1° cioè quando i diversi legatarl saran chiamati ad una medesima cosa con una medesima clausola del testamento, non essendo ad ognuno le varie parti assegnate; 2° quando la cosa assegnata a più persone con diverse clausule ma in uno stesso testamento, non può dividersi senza svilirsi. In tutti gli altri casi la chiamata all' intero non risulterà da regole generali, stabilite *a priori*; spettando ai giudici la disamina in fatto (art. 1044, 1045 (999 M, 1000)).

LXVII — Il punto tanto semplice che la chiamata allo intero costituisce la congiunzione e dà luogo all'accrescimento, mena, secondo a noi pare, alla facile soluzione di quistioni spesso dibattute. Così, quando uno dei due legatarl chiamati non raccoglie, l' altro non potrà dire ch' egli vuol prendere la sua metà senza unirvi quella di chi non raccoglie; dovendo prendere o rifiutare il tutto, poichè egli è ed è stato sempre chiamato allo intero. Se il legatario che non raccoglie fosse gravato di pesi, l'accrescimento non li trasporterebbe al secondo legatario, il quale non invoca il legato del primo, ma il suo proprio per cui è chiamato senza pesi alla totalità della cosa. — Se il legatario che non raccoglie fosse chiamato con una clausola comune ad un secondo legatario, e gli altri due sien chiamati con un' altra clausola, l'accrescimento non avrebbe effetto per ciò in vantaggio esclusivo del legatario chiamato con la medesima clausola di colui che manca; ma gioverebbe egualmente a tutti, avendo dritto allo intero tanto colui che manca che gli altri due. — Da ultimo essendo ciascun legatario chiamato all'intero, e il suo dritto si apre per l' intero, quand'anche alla sua morte cessasse l' ostacolo che noceva allo esercizio intero del suo dritto, l'accrescimento che vi sarebbe cessato l'ostacolo, non avrebbe meno effetto, e gioverebbe ai suoi successori (articolo 1045 (1000)).

Pria di finire la materia dell' accrescimento, indicheremo una importante differenza che sorge dalla forza stessa delle cose, fra i legati di proprietà, e quelli di usufrutto. La qual differenza creduta impossibile dai Comentatori moderni che si sono ingannati intorno ad essa, deve ammettersi sotto il Codice, com'è stata sempre nel dritto romano e nel nostro antico dritto non immutati in ciò dal Codice. — Quando i due legatarj a ciascuno dei quali è stata legata per l'intero la *proprietà* di un immobile, han raccolto entrambi prendendo ciascuno la metà, nessuno di loro può mai ottenervi poi la totalità, poichè il raccogliere che fece l'altro la sua metà, sarà sempre di ostacolo al collegatario perchè quella si riunisca alla sua per effetto del legato. Ma quando il legato ha dato, e due legatarj han raccolto l' *usufrutto* soltanto dell'immobile, la morte di uno dei legatarj che fa cessare la sua metà di usufrutto, toglie ogni ostacolo, perchè l'altro riunisca e per il resto della vita, quella metà di usufrutto alla metà da lui già avuta. Si controverrebbe certamente alla volontà del defunto, negando allora questa metà al legatario, e lasciandola agli eredi, dacchè per l'usufrutto intero il testatore ha anteposto agli eredi ciascuno dei due legatarj (*ibid.*).

SEZIONE IV.

DEGLI ESECUTORI TESTAMENTARÎ

LXVIII. — Chiamansi esecutori testamentarî le persone a cui il testatore dà incarico di vegliare dopo sua morte allo eseguimento delle sue ultime volontà.

Il testatore può nominarne uno o più, e quando son più, può conferire a ciascheduno incarichi speciali o dare a tutti facultà intere. La nomina dee farsi per testamento (art. 1025 (980)).

A garentire l'esecuzione dei legati mobiliari, il testatore può dare al suo esecutore testamentario la investitura propriamente detta, cioè il possesso di fatto, dei suoi mobili; ma tal possesso che non toglierebbe il possesso civile degli eredi, nè può estendersi agli immobili, non può durare oltre ad un anno ed un giorno. L'erede può farla sempre cessare quando giustifica la esecuzione dei legati mobiliari, ovvero offre all'esecutore una somma bastevole a soddisfarli (art. 1026 e 1027 (981 e 982)).

L'esecutore testamentario il quale deve render conto non al testatore che lo nomina, ma agli eredi di lui che non l'hanno scelto, nè possono rimuoverlo, non può essere un incapace. La legge dichiara quindi che chiunque non può contrarre una obbligazione con tutte le garenzie, non potrà essere esecutore testamentario. Così il minore non emancipato, ed anche il minore emancipato, saranno incapaci di accettare questo mandato speciale, quand' anche intervengano il tutore o il curatore. La moglie separata di beni o che maritata sotto il regime dotale ha beni parafernali, siccome può essere perseguita nella piena proprietà dei suoi beni per le obbligazioni da lei contratte, o con l'autorizzazione del marito o con quella giudiziaria, può accettare, autorizzata dell'uno o dell'altro modo; ma la donna maritata in comunione, ovvero con esclusione di comunione, o sotto il regime dotale, ma senza avere beni parafernali, non può accettare il carico se non se autorizzata dal marito che ha il godimento dei suoi beni, mentre l'autorizzazione giudiziale ne obbligherebbe solo la nuda proprietà (articolo 1028, 1030 (983, 985)).

LXIX. — L'esecutore testamentario che è investito delle cose mobili, essendovi eredi minori, interdetti, o assenti, deve fare apporre i suggelli per garenzia degli eredi, nè può farli rimuovere che facendo un inventario dei mobili.

Ma il testatore può con una clausola formale dispensare il suo esecutore dall' obbligo dell'inventario, ma non potendo vietare che un inventario si facesse, gli eredi potranno sempre farlo stendere. L'esecutore ch'è investito deve, cessata la investitura, dare agli eredi il rendiconto dell'impiego fatto dei mobili, o soddisfacendo i legati, o pagando le spese funebri di cui lo avrebbe incaricato il testamento, o le spese di suggelli, d'inventario od altro che si riferisca ai suoi incarichi (art. 1031 (986)). Tali spese tranne quelle dei funerali ed altro che costituiscono i debiti propriamente detti, sarebbero a peso non già della eredità, ma della parte disponibile di essa, essendo fatte nell'interesse dei legatarî (art. 1034 (989)).

Il testatore non potrebbe dispensare lo esecutore testamentario dal rendimento dei conti; un amministratore di cose altrui non tenuto a render conto, sarebbe un assurdo. Vana obiezione sarebbe, che il testatore attribuendogli la stessa proprietà, poteva far cosa di più, che una dispensa del rendiconto dei mobili. Ciò poteva fare certamente; ma poichè non l'ha fatto, e la proprietà dei beni è rimasta all'erede, è forza che l'amministratore renda conto dello impiego fatto (art. 1031 (986)).

L' esecutore testamentario non investito dei mobili, non è tenuto a far apporre i suggelli, ma ne ha sempre la facoltà; essendo incaricato di prendere tutti i prov-

vedimenti necessarî, a fin di garentire lo adempimento dei legati (art. 1031 (986)). In tutti i casi, sia egli investito, o no, può per manco di danari bastevoli a soddisfare i legati, far vendere i mobili, e intervenire in tutte le liti sorte per la esecuzione del testamento, onde sostenere i dritti dei legatari (*ibid.*).

Il carico di esecutore testamentario, è, come qualunque altro mandato, personale nè trasmettesi agli eredi (art. 1032 (987)).

Se il testatore abbia nominato più esecutori testamentarî, e tutti abbiano accettato, fa d'uopo distinguere, se il testamento assegni o pur no, a ciascheduno di loro incarichi speciali. Nel primo caso, ogni mandatario ha facoltà per l'oggetto attribuitogli; nè la sua risponsabilità va oltre. Non essendo divisi gl'incarichi, ognuno degli esecutori ha poteri assoluti, e quindi deve rispondere per l'intero, e in solido coi suoi coesecutori, delle cose mobili loro confidate. Questa risponsabilità in solido per l'impiego delle cose mobili, avrebbero pure gli esecutori i quali fossero usciti oltre i limiti degli incarichi speciali a loro assegnati.—Se essendo più gli esecutori testamentarî, alcuni soltanto accettano ed altri rifiutano, deesi da tutte insieme le circostanze valutare in fatto qual sia stato lo intendimento del disponente (art. 1033 (988)).

CAPITOLO QUARTO

DELLE DONAZIONI E DEI TESTAMENTI CHE CONTENGONO UNA SOSTITUZIONE O PRESENTINO UNA DIVISIONE DI ASCENDENTE.

SEZIONE PRIMA

DELLE SOSTITUZIONI

LXX.—Chiamasi ***sostituzione***, *o* ***sostituzione fedecommissaria*** la clausola con cui i donanti, o i testatori impongono a chi gratificano, l'obbligo di conservare fino alla sua morte la cosa donata, affin di trasmetterla allora ad una o più persone che sieno gratificate in secondo ordine. Chi riceve coll' obbligo di sostituzione nomasi ***gravato***; quello a cui dee restituirsi, dicesi ***chiamato*** o ***sostituito***.

Per esservi sostituzione è d'uopo che il donatario o legatario sia stato ***obbligato*** dal disponente a ***conservare*** la cosa. Non v'è sostituzione quando si è donata una cosa coll'obbligo di darne un' altra (non essendovi allora obbligo di conservare la cosa donata); nè quando si è obbligato rendere quel che resterà d'una tal cosa, il che chiamasi fedecommesso ***de residuo***, ***de eo quod supererit*** (potendo il donatario far che nulla resti, e non essendo obbligato a conservare); nè quando soltanto si prega, o si invita perchè si conservi, e si renda (non essendovi allora obbligo del beneficato).—Se la disposizione, tuttocchè imponga l'obbligo di conservare, accordi facoltà di alienare ***in caso di bisogno***, la soluzione può dipendere dalle circostanze.—In principio, bisogna dire essere sostituzione; avvegnacchè le parole, ***in caso di bisogno***, non significano ***a piacere***, ma solo se vi sia necessità; e siccome un proprietario non si pone per piacere nell'obbligo d'alienare i suoi beni, è forza riconoscere, esservi allora un serio obbligo di conservare la cosa. Ma se da tutta insieme la disposizione emergesse, che colle parole, ***in caso di bisogno del donatario***, il disponente abbia inteso dire soltanto, ***se il donatario lo trovi utile***, questi non è più obbligato a conservare, nè esiste la sostituzione (art. 896 (T)).

Secondariamente, per esservi sostituzione è mestieri che il donatario sia obbligato a conservare fino alla sua morte. Sarebbe un fedecommesso, ma non più una sosti-

tuzione, l'obbligo di conservare fino a quel tempo, o fino al tale avvenimento, che non sia la morte (*ibid.*).

Da ultimo vi è sostituzione quando la liberalità si è fatta coll' obbligo di conservare fino alla morte, *onde trasmettere allora alla tal persona*; cotalchè, quando pure la liberalità fosse fatta con la condizione che il beneficato non alienasse mai, neanco per testamento, non vi sarebbe sostituzione, avvegnacchè morto il beneficato, la cosa donata passerebbe, non a questo, o a quell'altro nominato come donatario in secondo ordine, ma agli eredi del beneficato che come tali la raccoglierebbero (*ibid.*).

Le sostituzioni non possono farsi altrimenti, che per donazione, o per testamento; nè solo il sostituito, ma anche il gravato sono sempre, e necessariamente donatari o legatari. Così ad esempio, se lasciando erede mio figlio, lego il tal podere a mio nipote da conseguirlo alla morte di quello, v'è realmente una sostituzione di cui è gravato mio figlio, perchè questi riceve il podere alla mia morte, coll'obbligo di conservarlo fino alla sua morte, a fin di trasmetterlo poi a mio nipote. Ma anche mio figlio, sebbene non chiamato al podere con una clausola del testamento, lo raccolga *ab intestato* insieme con tutti gli altri miei beni; lo raccoglie realmente in forza del testamento, e come legatario. Assegnando il podere a mio nipote, morto che sia mio figlio, io lo sottraggo dalla mia successione legittima, tanto per l'uno, che per l'altro, e il mio testamento vuol dire: « mio figlio prenderà il podere, non secondo le regole ordinarie di successione, ma secondo la mia volontà, cioè, perchè lo conservi durante sua vita, nè possa alienarlo mai, e alla sua morte lo trasmetta a mio nipote. » Lo stesso mio figlio quindi è legatario del podere (*ibid.*).

LXXI. — Spiegata così l'indole della sostituzione, diciamo che il principio del Codice in questa materia si è, che qualunque sostituzione è nulla, e rende pur nulla la disposizione, sia fra vivi, sia per testamento che la contenga; anche quando la condizione, o le condizioni cui la sostituzione andrebbe soggetta, non si effettuassero. Imposta che sia ad una donazione, o ad un legato una sostituzione anche condizionale sotto più aspetti, immediati, e checchè possa seguirne appresso, la disposizione è nulla. Ma la sostituzione non trarrebbe la nullità della disposizione principale, se fosse scritta sotto la condizione stessa di non essere una sostituzione. « Così io fo la mia donazione, o il mio legato col tale obbligo, tranne che desso non sia una sostituzione, nel qual caso io lo cancello ». Allora la sostituzione non è esistita nè per un momento, quand'anche eventualmente; non si è formata, neppur come possibile, avvegnacchè la clausola fosse scritta per avere effetto, quando non fosse una sostituzione (*ibid.*).

Se la sostituzione almeno in principio rende nulla la liberalità gravata, la nullità non estendesi certamente alle altre liberalità che potrebbero farsi collo stesso atto, quando pure fatte alla stessa persona. Senza fallo donati due immobili, entrambi coll'obbligo di restituirne uno, la donazione sarà nulla per entrambi, essendo stato il primo donato coll'obbligo di restituire il secondo; ma donato il primo puramente, e il secondo solo gravato di sostituzione, la donazione sarebbe valida per il primo. La è questa una disamina di fatto (*ibid.*).

Al principio di nullità delle sostituzioni e delle liberalità che le racchiudono, si è fatta dal Codice una eccezione (ampliata più innanzi dalla legge dei 17 marzo 1826 e ricondotta ai primi limiti da quella degli 11 maggio 1849).

Vedremo successivamente: 1° Quali sostituzioni sieno permesse; 2° quali gli effetti della sostituzione, e quali dritti abbiano il gravato e il sostituito; 3° quali provvedimenti debbano prendersi, essendovi sostituzione nello interesse dei chiamati; 4° finalmente quai provvedimenti sieno nello interesse dei terzi ordinati.

§ 1.—*Delle sostituzioni permesse.*

LXXII. — Il Codice permette che un donante o un testatore il quale disponga in vantaggio di un figlio, o anche (non essendovi figli o discendenti che debbono succedergli) in vantaggio di un fratello o di una sorella, possa chiamare come sostituiti tutti i figli nati e da nascere dal donatario o legatario (art. 1048, 1050 (1003, 1006)).

Nelle disposizioni fatte coll' obbligo di sostituzione, come in tutte le altre, si può apporre la clausola chiamata dai Romani *sostituzione volgare*, la quale consiste in ciò, che se il tale chiamato ad una liberalità, non la raccolga, la liberalità gioverà a chi è chiamato sotto la condizione che il primo mancasse (art. 898 (936 M)).

LXXIII. — Avvenendo che il gravato morisse lasciando uno o più sostituiti, e discendenti di un sostituito predefunto, questi ultimi raccoglierebbero per mezzo della rappresentazione la porzione del loro autore (art. 1007 (1051 M)).

Facilmente si possono gravare di sostituzione i beni che si son dati prima puramente, se la prima disposizione è stata per testamento, potendosi questo rivocare a piacere, e sostituirvi una nuova liberalità coll'obbligo di restituire. Se la prima disposizione poi è fra vivi, il donante può farne una seconda, o fra vivi o per testamento, che gravi i beni primieramente donati; e se il donatario accetti la seconda liberalità, non potrà più disobbligarsi di restituire i beni prima donati, nemmeno abbandonandoli (art. 1052 (1008)).

§ 2. — *Dei dritti del gravato e dei chiamati.—Apertura delle sostituzioni.*

LXXIV. — Il gravato, tuttocchè incaricato di restituire i beni, ne è sempre il proprietario, se non che la sua proprietà risolvesi coll'apertura della sostituzione. Così egli può ipotecare o alienare; ma avveratasi la risoluzione vengono meno, e come se mai sieno esistite, le alienazioni o concessioni di dritti reali. I chiamati fino all'apertura del loro dritto, hanno solo una semplice speranza, per cui è loro permesso di prendere tutti i provvedimenti conservatori (art. 1053 (1009)).

Sebbene la proprietà dei beni spetti al presente al gravato, non in modo assoluto ma transitoriamente e risolutivamente, le spese che si riferiscono ad essa (ad esempio, le ricostruzioni di fabbriche) sarebbero a peso non del gravato ma degli stessi beni, che di altrettanto valore scemerebbero per il gravato prima, e poi pei chiamati; nel qual caso si potrebbe alienare o ipotecare una parte di beni con le forme richieste pei beni dei minori *(ibid.)*.

Si vedrebbe dalle circostanze se una prescrizione corsa in vantaggio del gravato durante il suo godimento, siesi compita per lui personalmente, o per conto della sostituzione. La prescrizione corsa in favore dei terzi sopra i beni della sostituzione, avrà il suo effetto ordinario contro i sostituiti, non essendovi alcun testo che dichiari imprescrittibili i beni gravati di sostituzione *(ibid.)*.

LXXV. — Tre cause possono aprire la sostituzione e mutare la speranza dei chiamati in proprietà presente dei beni:

1. La morte naturale o civile del gravato.

2. Il suo decadimento pronunziato per non aver fatto nominare un tutore alla sostituzione, come vedremo più innanzi (articolo 1057 (1013)).

3. L'abbandono volontario che il gravato fa della sua proprietà ai chiamati prima della sua morte.—Cotesta assegnazione dei beni ai chiamati, in vita del gravato, sarebbe come non avvenuta pei chiamati che potrebbero nascere appresso, ed anche per quelli che vivendo al presente non avrebbero voluto accettarla; per essi l'apertura definitiva, e la divisione dei beni si farebbero sempre alla morte del gravato, e se-

condo lo stato della famiglia in quel tempo. Ma l'assegnazione anticipata sarebbe definitiva per coloro che consentirono ad accettarla come tale. Iodarno si opporrebbe che il Codice parla d'un abbandono del godimento, e non già dell'abbandono definitivo della proprietà, avvegnacchè il Codice con quel nome chiami impropriamente la proprietà stessa del gravato, ponendo in principio generale che il dritto dei chiamati si aprirà, cessato il *godimento* del gravato. La terza causa è applicabile solo per le sostituzioni fatte sotto la legge del **1826**, dacchè ne verrebbe spesso fra i figli una disuguaglianza di parti non permessa dal Codice. — Del resto l'anticipato abbandono non potrà mai nuocere nè ai creditori del gravato anteriori allo abbandono, nè a quelli che dal gravato avessero ottenuto dritti reali sopra i beni (articolo 1053 (1009)).

Avveratosi l'avvenimento, o giunto il tempo, che non sia quello della morte del gravato, indicato dal disponente come termine della sostituzione, si apre parimente il dritto dei chiamati; ma non vi sarebbe una sostituzione propriamente detta, non essendovi obbligo di conservare fino alla morte. Tal disposizione sarebbe stata nulla prima della legge del **1826**, ed anche oggi dopo quella del **1849**, contravvenendo indirettamente alla regola che vieta di far restituire i beni ad una parte soltanto dei figli; ma non sarebbe nulla nelle liberalità fatte sotto l'impero della legge del **1826** *(ibid.)*.

LXXVI. — Si son pure presentate come cause di apertura della sostituzione: 1° lo abuso di godimento del gravato; 2° la revoca della sua liberalità per ingratitudine o per inadempimento delle condizioni; 3° il suo rifiuto di accettare la disposizione trattandosi di un legato. Questa dottrina ci sembra inesatta.

E primieramente, l'abuso di godimento è causa di decadenza contro un usufruttuario; ma tal regola essendo una disposizione penale, nè potendo quindi estendersi oltre i suoi termini, non può applicarsi al gravato che è proprietario. Dunque l'abuso potrà obbligar lui a danni ed interessi pel passato, e a provvedimenti conservatori per l'avvenire. La revoca della liberalità non potrebbe nemmeno esser causa di apertura del dritto dei chiamati. Se è pronunciata per inadempimento di obblighi, rende nulla del tutto la liberalità soggetta ad obblighi, la quale si terrà come non fatta tanto pei sostituiti che pei gravati. Se avviene per la ingratitudine del gravato, non può certamente nuocere ai chiamati, i quali, donatari innocenti, non debbono andar puniti per la colpa del reo donatario; ma nemmeno trarne profitto, acquistando beni a cui son chiamati per la morte del loro autore. I beni torneranno dunque al donante o agli eredi del testatore, ma gravati di sostituzione, come erano in potere del donatario o legatario ingrato, e salvo a restituirsi ai chiamati alla morte del gravato, come se la revoca non fusse stata. — Il rifiuto di un legatario di accettare il legato offertogli con l'obbligo di sostituzione, o di colui cui sarebbe offerta una donazione fra vivi, anzichè aprire il dritto dei sostituiti, impedirebbe invece che vi fosse sostituzione; avvegnachè non possa esservi sostituzione senza una disposizione principale che la contenga, nè legato, allorchè il legatario si ricusa, nè donazione se il donatario non accetta *(ibid.)*.

LXXVII. — Morto che è il gravato i sostituiti, eredi o pur no di lui, acquistano incontanente e la proprietà e il possesso civile dei beni compresi nella sostituzione; di maniera che non essendo essi gli eredi, debbono a questi domandare la restituzione, il rilascio materiale dei beni. Imperocchè son donatari o legatari non del gravato, ma dello stesso disponente, e i beni si trasmettono a loro, non *a gravato sed a gravante*. La morte del gravato fa risolvere pienamente tutti i dritti di lui sopra i beni, epperò gli eredi non possono avere nè il dritto di possesso, nè quello di proprietà, ma il solo possesso di fatto come semplici depositari (*ibid.*, n. VIII).

La legge tuttochè permetta difficilmente, e come per eccezione, le sostituzioni non

ha voluto che si facessero e disfacessero col medesimo atto, e si creassero con obblighi che potrebbero renderle inefficaci. Quindi il disponente non può permettere che il gravato consenta a suo talento ipoteche che avrebbero effetto contro i chiamati; tranne che non fosse la ipoteca legale della moglie del gravato dove non bastino gli altri beni del marito e soltanto per il capitale del danaro dotale. Del resto basta che il disponente dichiari esplicitamente intorno a ciò la sua volontà.— Comprendesi di leggieri che i chiamati non potrebbero impugnare nè le ipoteche, nè le alienazioni consentite dal gravato se fossero eredi puri e semplici di lui, nè potrebbero anche in tal caso (siccome per antico dritto in un fine tutto aristocratico) rivendicare dai terzi i beni alienati pagandone il valore (art. 1054 (1010)).

§ 3. — *Dei provvedimenti ordinati dalla legge negli interessi dei chiamati.*

LXXVIII. — In qualunque sostituzione, anche in quella in cui i chiamati fossero al presente maggiori e capaci, deve nominarsi un tutore per fare tutto ciò che è necessario ad assicurare l'esecuzione dell'obbligo di restituire. Questo tutore, dato non *personae* ma *rei*, e per cui non v'è nè ipoteca legale, nè tutore surrogato, nè consiglio di famiglia, può esser nominato dal disponente o nell'atto stesso o in uno posteriore, purchè autentico. Se il disponente muore senza averlo nominato, il gravato o il suo tutore (se minore o interdetto) è obbligato farne nominare uno dal consiglio di famiglia entro il mese dal giorno della morte o da quando conobbe la disposizione. Se tale obbligo non è adempito, il gravato minore o maggiore, esistano o pur no chiamati, è decaduto dal suo dritto senza che possa venir restituito per la insolventezza del suo tutore. Esistendo chiamati, il loro dritto deve dichiararsi aperto, quando lo dimandino o essi stessi, o i loro tutori o curatori, o qualcheduno dei loro parenti, o anche il procuratore della Repubblica. Questa assegnazione ai chiamati che vivono al presente, è condizionale per questo che se poi nascono altri chiamati, i beni saranno divisi insieme con esso loro, ma non già che i chiamati i quali al presente vivono, debbono custodire la loro parte quando sopravvivono al gravato; avvegnachè la sostituzione qui non si apre più per la morte del gravato, ma per la decadenza di lui. Se poi non esistono ancora chiamati, gli eredi del disponente riprendono i beni a fin di rimetterli più innanzi ai chiamati che potrebbero sopravvenire. — Il tutore nominato alla sostituzione è obbligato di accettare se non ha una scusa preveduta nel titolo della *Tutela* (art. 1055, 1056 (1011, 1012)).

L'altra formalità che vuolsi nell'interesse dei chiamati, si è l'inventario e la stima dei mobili compresi in qualunque disposizione a titolo universale fatta con atto di ultima volontà. Essa deve compiersi dal gravato o dal suo tutore presente il tutore alla sostituzione, entro i tre mesi dalla morte del disponente; nel caso che non si adempia, il tutore alla sostituzione deve farvi procedere nel seguente mese; dopo il qual termine, il dritto di domandarlo passerebbe insieme ai chiamati o ai loro tutori o curatori ai parenti di quelli e al procuratore della Repubblica (art. 1058, 1061 (1014, 1017)).

Il gravato deve fare vendere anche per affissi e con incanti, i beni mobili compresi nella sostituzione, tranne quelli che il disponente abbia voluto si conservassero in ispecie, i quali passeranno ai chiamati nello stato in cui saranno alla apertura della sostituzione. Tal regola non si applica ai beni che mobili per natura sono immobili per destinazione, perchè il gravato li conserverà sempre con l'obbligo di restituirne altri di ugual valore (art. 1062, 1064 (1018, 1020)).

In fine i danari che fan parte della disposizione debbonsi impiegare; quelli che esistano quando si chiude l'inventario, entro i sei mesi che seguono; quelli che provengono da posteriori pagamenti, entro i

tre mesi da che son ricevuti. Il collocamento che deve farsi sempre e per cura e presente il tutore alla sostituzione, deve farsi o con privilegio sopra immobili o in acquisto d'immobili se il disponente non abbia altrimenti disposto (art. 1065, 1068 (1021, 1024)).

§ 4. — *Dei provvedimenti ordinati nello interesse dei terzi.*

LXXIX. — Il gravato e il tutore alla sostituzione sono obbligati di render pubblica la disposizione e l'obbligo di restituire in essa contenuto, con la trascrizione dell'atto di acquisto per gl'immobili (che pei beni donati in natura dal disponente è l'atto medesimo di liberalità) e per le somme impiegate con privilegio sopra immobili, con la iscrizione presa sopra questi ultimi (art. 1069 (1025)).

La mancanza di trascrizione o d'iscrizione può essere allegata contro i sostituiti, dai creditori del gravato e da tutti quelli cui avrebbe alienato i beni a titolo oneroso, ma non mai dai donatari, legatari o eredi sia del gravato, sia del disponente. I creditori e i terzi acquirenti a titolo oneroso del gravato possono anche opporla al sostituito minore o interdetto, salvo solo il regresso di costui contro il gravato e il tutore alla esecuzione, non potendo farsi restituire per la insolventezza dell'uno o dell'altro; quand'anche i creditori e i terzi acquirenti avessero conosciuto l'obbligo di restituire per altro modo che non sia la trascrizione o la iscrizione (art. 1070, 1074 (1026, 1030)).

SEZIONE II.

DELLE DIVISIONI FATTE DAGLI ASCENDENTI FRA I LORO DISCENDENTI.

LXXX. — Affin di prevenire le liti che sorgono spesso nella divisione dei beni di un defunto, è permesso agli ascendenti di fare essi medesimi fra i loro discendenti la divisione dei beni con una donazione fra vivi o con un testamento (art. 1075 (1031)).

L'atto di cui è discorso, sebbene non sia in fondo una liberalità ordinaria, ma una divisione, è governato in generale dalle regole dell'atto di cui ha la forma. Per modo di esempio. il padre e la madre dei figli non lo potrebbero fare con un testamento congiuntivo; e sarà d'uopo dell'accettazione espressa, dello spossessamento irrevocabile, ecc. se l'atto avrà la forma di una donazione fra vivi (articolo 1076 (1032 M)).

Fatta per donazione fra vivi la divisione anticipata, i condivisi, sebbene siesi fatta l'attribuzione di cose singolari, saran sempre tenuti al pagamento dei debiti dell'ascendente donante, essendo quella la divisione di un patrimonio, il quale costa dell'entrate scemate dei debiti; ma siccome i donatari non possono qui continuare la persona che esiste, non saran tenuti *ultra vires*, ma soltanto finn alla concorrenza dei beni. Se poi la divisione si fa col testamento, si dovranno i debiti *ultra vires* tranne che l'eredità non si fosse accettata col beneficio *(ibid.)*.

Conforme ai principî generali intorno alla divisione, quei beni che si lasciano dal defunto non divisi, si divideranno secondo le regole ordinarie. È assolutamente nulla quella disposizione che non chiama tutti i figli che esistano alla morte ed accettino la eredità, e una novella divisione può quindi promuoversi tanto dai figli fra cui l'atto è stato fatto, quanto da quelli che non vi hanno figurato. Se invece uno dei figli che figurano nella divisione, muore senza prole prima del disponente, è mestieri distinguere se la divisione è stata fatta con donazione o con testamento. Nel secondo caso, i beni che formavano la parte del figlio non sono più compresi nella di-

visione, e deesi farne una nuova come si è detto; nel primo caso, i beni quando il figlio non ne abbia disposto, ritorneranno all'ascendente donante, nella eredità di cui gli altri li prenderanno con una novella divisione che si farà alla morte del donante (art. 1077, 1078 (1033, 1034)).

Essendo una divisione e non una liberalità ordinaria, il genere di disposizione trattato in questa sezione, non bisogna qui conoscere se ciascuno dei figli abbia o pur no conseguito l'intera riserva a cui avea dritto, ma soltanto se è stato leso di oltre un quarto. Se il figlio nella divisione dei beni ha ricevuto almeno tre quarti della sua intera porzione, non può domandar la rescissione quand'anche non avesse la intera riserva; potrebbe invece domandarla se non ebbe i tre quarti quando anche fossero maggiori della sua riserva; come pure se per effetto di una donazione con precapienza, uno dei figli avesse avuto più del disponibile e della sua parte di riserva insieme riuniti. Queste due cause di rescissione verrebbero meno se nel primo caso si offrisse il supplimento della porzione a chi non ha i suoi tre quarti; e nel secondo, il figlio che è stato troppo favorito, restituisse ciò che ha ricevuto oltre quello permesso dalla legge (art. 1079 (1035)).

Del resto, la legge che fino alla prova del contrario presume esatta la divisione, nè vuole che il figlio sia corrivo a domandarne la rescissione, dichiara che l'attore dovrà anticipare le spese della stima, e nel caso che succombe pagarle solo, in eccezione alla regola per cui si può far compenso fra fratelli e sorelle (art. 1080 (1036)).

TITOLO III.

Dei contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

(Decretato il 7 febbraro 1804. — Promulgato il 17).

376. Nulla più vizioso del metodo dei compilatori del Codice nella materia di cui tratteremo, anzi mancanza di ogni metodo.

377. Dicesi *obbligazione* o *impegno* (queste due parole sono sinonime) una giuridica necessità, un legame civile che obbliga particolarmente un tale a qualunque prestazione in vantaggio di altrui.

Vi sono cinque sorgenti di obbligazioni 1° i contratti, o convenzioni, 2° i quasi-contratti, 3° i delitti, 4° i quasi-delitti, 5° la legge (art. 1001 e 1370 (1055 e 1324)).

Le obbligazioni che risultano d'una convenzione, d'un contratto chiamansi *convenzionali o contrattuali* per distinguerle da quelle che sorgono dalle altre quattro fonti e formansi senza alcuna convenzione.

Ciò posto, per procedere con ordine e in modo razionale bisognerebbe abbracciare in un sol titolo tutta la materia DELLE OBBLIGAZIONI considerata IN GENERALE. In questo unico titolo si sarebbe dovuto trattare separatamente 1° delle *sorgenti* delle obbligazioni, in una parte in cui prima trattato col necessario sviluppamento delle convenzioni o contratti, si fosse poi passato alle quattro altre sorgenti; 2° delle varie specie di obbligazioni, 3° dei loro *effetti*, ec. Così aveva proceduto Pothier. Invece i compilatori del Codice hanno incominciato dal dividere la materia delle obbligazioni (considerata in generale) in due titoli, l'uno per le *obbligazioni convenzionali*, l'altro per le *obbligazioni che formansi senza convenzione*; e a dissimulare l'unità sem-

plicissima della materia che essi tanto illogicamente dividevano, hanno affettato di serbare il nome d' *obbligazioni* a quelle che nascono dalle convenzioni, dando alle altre il nome d'*impegni*, benchè riconoscono in fondo. che *impegno* e *obbligazione*, essere *obbligato* ed *essere impegnato* sono perfettamente sinonimi (articolo 1108, paragr. 4; 1125, 1270, 1274, paragr. 2; 1382 (1062, 1079, 1224, 1228, 1336)).

I compilatori han poco da dire pel loro secondo titolo delle obbligazioni, il quale si compone di *diciassette* articoli, nel mentre il nostro ne ha quasi *trecento*; perchè il maggior numero delle regole generali indicate dal nostro titolo per le obbligazioni convenzionali, si applicano pure e necessariamente alle obbligazioni non convenzionali. Quasi l'intera materia del secondo titolo si trovava spiegata nel primo.

378. Se non vi fosse che questo vizio nel sistema, sarebbe poco pericoloso; ma l'errore da cui è sorto questo primo risultamento, ne ha prodotto altri molto più imbarazzanti e che formano di molte parti del nostro titolo un miscuglio di idee incoerenti, in mezzo alle quali bisogna star fermo costantemente al principio perduto di mira dai nostri compilatori. Il qual principio ammesso dai compilatori e poi dimenticato, gli è che altro è il *contratto* da cui nasce l'obbligazione, ed altro *l'obbligazione convenzionale* che è l' effetto di quello. I compilatori ad ogni passo del nostro titolo han confuso la convenzione, il contratto con l' obbligazione che ne deriva, ed una tal confusione recherebbe grande oscurità nelle idee se non si ricordasse la distinzione da essi dimenticata.

Ed in prima anche la rubrica del nostro titolo incomincia dal dirci che tratta in generale e senza entrare in particolari regole dei *contratti*, o delle *obbligazioni convenzionali*; presentando così come unica cosa l'obbligazione e il contratto da cui deriva. Vero che alcuni interpreti (specialmente Toullier e Demante) han dissimulato cotesto modo scrivendo dei *contratti* o delle *obbligazioni convenzionali*: ma egli è certo che il testo officiale ha la congiunzione *o*; la quale è stata posta come sinonimo di *cioè*, e per identificare l'obbligo con la stessa convenzione e con il contratto. Udiamo al Corpo legislativo Bigot-Préameneau, compilatore del progetto: « Legislatori, ci dice, il titolo del Codice che ha per oggetto i contratti o le obbligazioni convenzionali, offre...»; e più in là parlando del primo capitolo del nostro titolo che dà la definizione e la classificazione dei contratti (art. 1101, 1107 (1055, 1061)), mentre che della divisione delle obbligazioni parlerà poi (capitolo IV, art. 1168, 1233 (1121, 1186)); dice che il capitolo I mira a *dividere* le OBBLIGAZIONI *nelle loro varie classi;* e prosiegue: « La divisione delle *obbligazioni* tal quale la presenta questo capitolo differisce da quella del dritto romano; che in Roma le *obbligazioni*, non essendo specialmente indicate nelle leggi, eran dette *contratti innominati!!!* » Terminata l'analisi di tal pretesa classificazione delle *obbligazioni*, ci dice « Dopo aver così distinto i varî generi dei *contratti.....* » (Fenet, tom. XIII, pag. 215, 218, 219, 220).

379. In tal modo nel linguaggio, fin allora inaudito, dei compilatori del Codice, *contratto* ed *obbligazione* sono sinonimi che esprimono una sola ed unica idea; e il nostro articolo si occupa dei *contratti cioè* delle *obbligazioni convenzionali*.

Le conseguenze di tale incredibile confusione si scorgeranno spesso nel capitolo secondo del nostro titolo, e più nel terzo. Questo capitolo che ha per titolo « *Dell'effetto delle obbligazioni* » incomincia dall'indicare in una prima sezione gli effetti delle *convenzioni*; confonde poi nella seconda sezione gli effetti di alcune *convenzioni* con quelle di alcune obbligazioni, e dopo aver trattato delle obbligazioni soltanto nelle sezioni III e IV, ritorna nella V alla interpetrazione delle *convenzioni*, e nella VI allo effetto delle *convenzioni* verso i terzi. Così ci pone tra GLI EFFETTI delle *obbligazioni* alcune regole relative alle *convenzioni*, cioè alle cause di tali obbligazioni! Pur nondimeno Pothier, copiato e ricopiato

spesso troppo servilmente dai nostri compilatori, offriva nel suo trattato un ordine perfettamente logico. Eccone il disegno in poche linee: Delle obbligazioni. — Che cosa è una obbligazione (n. 1)? — Sorgenti delle obbligazioni: cioè *i contratti*, *i quasi-contratti*, *i delitti*, *i quasi-delitti*, *e qualche volta la legge* (n. 2). — Dei contratti: *Che cosa è un contratto? Distinzione dei contratti: dello effetto dei contratti*, dell'*interpretazione dei contratti*, *ec. ec.* (n. 3-112). Del *quasi-contratto* (113-115). Dei *delitti* e *quasi-delitti* (116-122). *Della legge* (123). Dopo aver trattato in tal modo delle *fonti* delle obbligazioni, Pothier parla: *dell'oggetto delle obbligazioni* (129-140), *dello effetto delle obbligazioni* (141-172), *delle varie specie di obbligazioni* (173-456), *della estinzione delle obbligazioni* (457-693), e finalmente *della prova delle obbligazioni* e di quella del loro pagamento (694-838)).

Si potrebbe credere a prima vista che Pothier e i compilatori del Codice fossero di accordo se non altro nella seconda metà della materia che essi trattano, poichè le tre ultime divisioni sì dell' uno che degli altri hanno per iscopo; 1° *le varie specie delle obbligazioni*, 2° la loro *estinzione*, e 3° la loro *prova*. Ma postovi mente, ben si comprende come il disegno dei nostri compilatori nei due titoli sulle obbligazioni dà ai tre ultimi capitoli del nostro titolo uno scopo diverso e più ristretto delle tre ultime parti del trattato di Pothier. Questi infatti trattava di ogni obbligazione qual che ne fosse la causa, nel mentre il nostro titolo si intrattiene nei tre ultimi capitoli delle *specie*, dell'estinzione, e della *prova* delle OBBLIGAZIONI CONVENZIONALI. Qui riappare ancora l'inesattezza del sistema vizioso del Codice, perchè non ostante la dichiarazione contraria dei compilatori, questi tre capitoli racchiudono anche e forzatamente le diverse specie, la estinzione, e la prova delle obbligazioni non convenzionali. Per esempio, non vi sono obbligazioni solidarie oltre quelle risultanti da una obbligazione? Forse il pagamento estingue solo le obbligazioni, convenzionali? Ove le regole sull'estinzione e la prova delle obbligazioni non convenzionali, se non sono nel nostro titolo?...

È dunque indubitato che non ostante la sua rubrica, il nostro titolo stabilisce principî generali che abbracciano le obbligazioni non convenzionali, e quelle risultanti da un contratto.

380. Comparando il disegno tanto logico che i nostri legislatori del 1804 avevano sotto gli occhi, e la strana confusione d' idee, nelle quali si sono immersi, reca meraviglia il leggere in Duranton (X, n. 8): « Questo ordine così *metodico* ed in uno » così *razionale* adottato dai compilatori » del nostro Codice, si deve al sapiente » e giudizioso Pothier, che nel suo trattato delle *Obbligazioni* avea abbozzato » ai nostri legislatori un disegno ch'*essi* » *hanno subitamente adottato* ».

Si vede in vece come i nostri compilatori abbiano stranamente capovolto il disegno di Pothier, innocente degli errori da loro commessi; e non si comprende come Duranton abbia scritto e ripubblicato nell'ultima sua edizione la frase da noi qui notata.

Dopo le nostre prime edizioni Poujol ha trattato questa materia delle obbligazioni, e ci siamo accorti con dolore come ad esempio dei nostri predecessori, ei non corregge alcuna delle molte e pericolose inesattezze dei compilatori, e le presenta invece come regole perfettamente razionali. Volendo esporre le idee fondamentali della materia, e dare del tutto una equa idea, ei crede, dice egli, non poter meglio giungere al suo fine che rapportando le osservazioni di Bigot-Preameneu; ed infatti prende per introduzione il singolar passo in cui Bigot sviluppa la sua confusione della obbligazione col contratto, e ci dice che le *obbligazioni* senza la speciale denominazione della legge si chiamavano in Roma *contratti innominati*. Tal sistema di Poujol è da lui applicato in tutto il corso del suo lavoro, in cui le idee spesso tanto false dei compilatori vi sono adottate, siccome i principî più esatti.

E non solo l'onorevole magistrato uno

ha raggiustato alcuno dei falsi principii dei compilatori, ma si è spinto più oltre, e di loro, non che di Toullier e Duranton, in questa via tanta funesta alla scienza (Vedi la spiegazione dello articolo 1109 (1063)).

381. In breve e per qui accennare lo scopo vero del nostro titolo, diremo: Il titolo pone principi generali in pria sui contratti, di poi sulle obbligazioni derivanti o dai contratti o da tutt' altra sorgente. — Dividesi in sei capitoli, che trattano il I della natura e della classificazione dei contratti, il II delle condizioni necessarie per la formazione e validità dei contratti, il III dello effetto dei contratti e dello effetto delle obbligazioni (contrattuali o nò); il IV delle varie specie di obbligazioni, il V dell'estinzione delle obbligazioni, ed il VI della prova delle obbligazioni, e di quella del loro pagamento.— Il seguente titolo tratta delle sorgenti delle obbligazioni diverse dal contratto.

Noi daremo il sunto di tal titolo unitamente a quello del seguente per racchiudere in unico lavoro tutta la materia delle obbligazioni. Ma per il comentario seguiremo, come sempre, le divisioni e gli articoli del Codice, eccetto pel capitolo III del nostro titolo, in cui ci bisognerà necessariamente intervertire l'ordine delle sezioni.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI PRELIMINARI

382. Si è detto che questo capitolo ha per iscopo la definizione del contratto producente le obbligazioni, e la distinzione delle sue diverse specie.

1101 (1055). — Il contratto è una convenzione mediante la quale una o più persone si obbligano, verso una o più persone, a dare, a fare o a non fare qualche cosa.*

SOMMARIO

I. Che cosa è un contratto. La definizione dell'articolo poco esatta per l'antico dritto, è completamente insufficiente nel sistema del Codice. Si applica solo ad una delle tre specie dei contratti, al contratto producente le obbligazioni.

II. Che cosa è un' obbligazione. Differenza tra le obbligazioni, e i doveri generali. Rimando per un errore di Troplong.

I. — 383. La definizione del contratto data da quest' articolo, che gli sarebbe stata propria altra volta, è profondamente inesatta, e assai ristretta nel sistema del Codice che ha distintamente ampliato il senso della parola *contratto*, rendendolo sinonimo di *convenzione*. Ciò richiede uno sviluppo.

Allorchè due, o più persone sono d'accordo tra loro, qualunque ne sia l'oggetto, (purchè elleno abbiano creduto di fare un atto giuridico) havvi allora unione di volontà, *consensus in idem placitum*, in somma, convenzione. — La convenzione infatti (da *venire cum* riunirsi, incontrarsi) è l'armonia delle volontà. Se l'oggetto sul quale si è d'accordo, non ha nulla di giuridico, se per esempio ci siamo reciprocamente promesso che l'un dei due cercherebbe l'altro per andare al passeggio, vi sarebbe sempre convenzione, ma non un atto di cui s' interessa la legge: noi par-

* I contratti, fuori i casi eccezionali, van regolati dalle leggi del tempo in cui furono fatti. C. S. di Napoli, 29 luglio 1851.

liamo solo della convenzione giuridica, di quella che fa legge tra le parti (art. 1134 (1088)).

Le cose possibili d'una convenzione variano all'infinito, ma rientrano tutte in un numero piccolissimo di categorie. Ve n'erano due un tempo, ed il nostro Codice ve n'ha aggiunto una terza. Nel dritto romano, e nella nostra antica giurisprudenza la convenzione avea sempre per iscopo 1° di creare obbligazioni, 2° di estinguere obbligazioni preesistenti. « Una convenzione, dicea Pothier (n. 3), è il consenso di due o più persone, onde formarsi fra loro qualche impegno, o risolverne altro precedentemente fatto. Ma oggi la convenzione può avere inoltre per iscopo ed effetto immediato, 3° di trasferire la proprietà (V. art. 1138 (1092)).

Le convenzioni adunque nel nostro dritto 1° creano obbligazioni, o 2° le estinguono, o 3° trasferiscono la proprietà, o i suoi smembramenti. Di queste tre classi di *convenzioni*, la prima soltanto dovrebbe rigorosamente avere il nome di *contratto*, perchè per *contrarre* si è sempre compreso, legarsi, imporsi un legame, sottoporsi a un' obbligazione; di modo che il contratto era la convenzione obbligatoria, la convenzione producente un impegno. Dippiù leggesi in Pothier (*ibid.*) « Un contratto è una *specie* di convenzione..... Una specie di convenzione che mira a formare qualche impegno, chiamasi *contratto* ». Ma il Codice nel nuovo linguaggio confonde il contratto colla convenzione. Per esso tutte le convenzioni sono contratti, e confondendo il contratto coll'obbligazione che ne deriva, fa che *l' obbligazione*, *il contratto e la convenzione*, diventino spesso nei suoi testi, sinonime espressioni che rappresentano una sola ed unica idea. Così negli art. 1136, 1138, 1140, 1141 (1090, 1092, 1094, 1095) diremo dell'*obbligazione* di donare, o di lasciare in proprietà un determinato oggetto, per indicare la convenzione di trasferire la proprietà della cosa. Così pure l'art. 711 (632) ci parla dell'acquisto della proprietà per *l'effetto* DELLE OBBLIGAZIONI; per indicare non solo la tradizione che realmente è un effetto, una conseguenza dell' obbligazione, ma altresì la *convenzione* medesima.

384. Se l'identificazione dell'obbligazione col contratto che la genera, trae conseguenze per cui non può adottarsi, non è così dell' identificazione del contratto con la convenzione, e però può seguirsi su quest' ultimo punto la terminologia del Codice. Può ammettersi senza alcun pericolo che *contratto* e *convenzione* sieno sinonimi; e si avranno allora tre classi di contratti; contratti producenti obbligazione, contratti che le estinguono, e contratti che trasferiscono la proprietà. — Ma estesa così la antica natura del contratto, bisogna anche estendere la sua definizione applicandogli quella che fu già data alla convenzione. Ciò non han compreso i compilatori nel loro procedimento illogico e senza metodo; dopo avere assomigliato il contratto alla convenzione, la specie al genere, han dato nel nostro capitolo una definizione e una distinzione conveniente solo all' antica natura del contratto, mentre gliene ebbero attribuito una diversa e più estesa. Hanno essi definito e diviso l'antico contratto, che è soltanto una delle tre specie di quello attuale, il contratto che produce obbligazione.

Il nostro art. 1101 (1055) definisce il contratto che genera obbligazioni, e non il contratto in generale. La definizione non è esattissima e quasi conviene alla cosa definita; perchè l'articolo parla solo di obbligazioni che formansi da un solo lato, mentre il contratto crea spesso obbligazioni da una parte e dall'altra, reciproche obbligazioni; la definizione data è propria del contratto *unilaterale* (art. 1103 (1057)). Ed ella non abbraccia il *contratto bilaterale* o sinallagmatico (art. 1101 (1055)). Pothier avea detto « Una convenzione con la quale *le due parti reciprocamente, o solo l' una di esse* s'impegnano... » (n. 3).

Oggidì, e secondo il sistema del Codice chiamasi contratto o convenzione lo accordo stabilito tra molte persone o per formare una o molte obbligazioni, o per

estinguere o modificare obbligazioni già esistite, o finalmente per un trasferimento immediato di proprietà, o di dritti reali.

385. Il contratto può avere in uno molti di questi oggetti, ovvero un solo. Quando convenghiamo che vi pagherò 50,000 fr. e voi mi fabbricherete una casa, il nostro contratto tende a formare due obbligazioni. Essendomi voi debitore di 300 franchi prestativi, ed io di un cavallo legatovi da mio padre; se fra noi si conviene di tenerci sdebitati reciprocamente, il nostro contratto mira ad estinguere le nostre due obbligazioni. Se due contadini incontratisi l'uno col suo cavallo, l'altro col suo bue, si scambiano incontanente gli animali, il contratto ha prodotto un reciproco trasferimento di proprietà. Ma se io vi vendo la mia casa per 25,000 franchi, il nostro contratto produce in uno il trasporto della proprietà della casa, e due obbligazioni: la mia di mettervi in possesso della casa, la vostra di pagarmene il prezzo. Che se voi assentite che io vostro debitore di 3 mila franchi resti liberato dandovi invece uno dei miei cavalli che vi consegnerò entro un mese, il contratto ha prodotto insieme 1° una obbligazione, 2° la estinzione di una altra, 3° un trasferimento di proprietà; avvegnacchè 1° il mio debito di 3 mila franchi era estinto, 2° sono obbligato a conservare il cavallo e conseguarvelo entro un mese, 3° il cavallo fin da oggi è vostro

Così il contratto, secondo è inteso dal Codice, può produrre obbligazioni quando pure ne estingua altre, o trasferisca dritti reali; ma siccome non sempre ne produce, e quando ne produce può anche generare altri effetti, così è dello intutto inesatta la definizione del nostro articolo. Il quale insieme con l'intero capitolo si applica al contratto in quanto genera obbligazione.

II. — 386. Sebbene abbiam di volo definita la obbligazione, pure bisogna immorare un poco sulla sua indole. Dessa è un legame giuridico che costringe una persona specialmente determinata a dare, procurare, fare o non fare qualche cosa in vantaggio di altrui.

Dare nel senso tecnico della parola, *dare*, importa trasferire la proprietà e si oppone a *praestare* che significa procurare, lasciare, fare ottenere con qualunque altro titolo che non sia quello di proprietario; ma spesso la parola *dare* in un senso generico comprende l'una e l'altra idea, e nel nostro articolo è usata in questo senso lato. Quanto alle parole *fare* e non *fare*, si comprende che una obbligazione possa aver di mira o lo astenersi da un fatto, ovvero un fatto. Se posso obbligarmi a farvi il vostro ritratto, o a fabbricarvi una casa, posso altresì obbligarmi a non piantare alberi sulla parte del mio terreno che è innanzi la vostra entrata, a non chiudere la parte del mio bosco che confina col vostro, ecc.

387. Più difficilmente si comprende che evvi obbligazione propriamente detta, nella necessità imposta specialmente a tale, o tale individuo, e non in quella che sarebbe comune a tutti. — Quando voi mi avete venduto la vostra casa, o ceduto l'usufrutto del vostro podere, siete obbligato a non disturbarmi nel godimento di quell'immobile, ma questa non è un'*obbligazione* di non fare. Perchè questa necessità non è per nulla personale, ma è comune a tutti; per voi come per gli altri è conseguenza, e correlazione del mio dritto reale esistente *erga omnes*. Tale necessità, generale e comune a tutti, corrispondente al dritto reale, forma un dovere che senza meno ognuno è obbligato a rispettare come una obbligazione personale; ma essa non costituisce l'obbligazione consistente solo nella necessità particolare a tale individuo, corrispondente al dritto puramente personale, al credito. È stata da noi cennata tale idea importantissima, nel confutare la dottrina di Troplong sulla pretesa natura reale del dritto dei locatarj d'immobili (art. 526, n°. IV (449 M)).

1102 (1056). — Il contratto è *sinallagmatico* o *bilaterale*, quando i contraenti

si obbligano reciprocamente gli uni verso gli altri.

1103 (1057) — È *unilaterale*, quando una o più persone si obbligano verso una o più persone, senza che per parte di queste ultime siavi alcuna obbligazione.

388. I contratti che producono obbligazioni sono bilaterali, od unilaterali; secondo creano obbligazioni da una parte e dall'altra, o da una sola.

Quando conveniamo che mi fabbricherete una casa pel prezzo di 25,000 fr., il contratto è bilaterale o sinallagmatico, poichè scambievolmente ci siamo obbligati, voi a far la fabbrica, io a pagarvene il prezzo. Non così quando vi do in deposito il mio cavallo, o v'incarico d'un mandato che voi accettate. Il contratto allora è unilaterale; perchè non vi è obbligazione alcuna per parte mia; voi solo siete obbligato o a conservare e rendermi il mio cavallo, o ad eseguire il mandato di cui vi siete incaricato.

Intanto molti contratti unilaterali presentano, rispetto all'obbligazione attuale imposta all'uno dei contraenti, una obbligazione a cui l'altra parte è eventualmente sottomessa. Obbligandovi a conservarmi e a restituirmi un oggetto che vi do in deposito, io mi obbligo a pagarvene le spese che son necessarie per conservarlo; incaricandovi di un mandato, mi obbligo a ristorarvi delle spese, che per l'esecuzione di esso dovreste fare. Ma tali obbligazioni, il cui contratto fa nascer solo l'eventualità, la possibilità, si effettuano con fatti posteriori, coll'esecuzione della convenzione. Il contratto che in tal caso chiamasi sinallagmatico imperfetto, è sempre unilaterale, e non sarebbe governato dalla regola dell'art. 1325 (1279 M) secondo il quale la scrittura destinata a raccertare un contratto sinallagmatico deve farsi in doppio originale.

1104 (1058) — È *commutativo*, quando ciascuna parte si obbliga a dare o fare una cosa che viene riguardata come l'equivalente di ciò che gli si dà, o di ciò che si fa per essa.

È contratto d'*azzardo*, quando l'equivalente consiste nell'avventurare, tanto da una parte che dall'altra, il guadagno o la perdita ad un avvenimento incerto.

389. Di quest'opposizione tra il contratto commutativo, e il contratto aleatorio dovea parlarsi dopo gli articoli 1105, 1106 (1059, 1060) che dividono i contratti in contratto di *beneficenza*, e contratto a *titolo oneroso*, essendo una suddivisione del contratto a titolo oneroso.

Quando dall'una parte e dall'altra intendesi procurare un vantaggio, il contratto è a titolo oneroso. Se di entrambe le parti il vantaggio è certo, il contratto è commutativo. Se invece il vantaggio voluto da ognuna delle parti, o da una soltanto è dubbio, vi è *alea*, il contratto è aleatorio. Dandovi io il ricolto che si caverà da' miei pomi, in tre o quattro mesi, in cambio delle pesche che voi farete in questa settimana, essendo tutto incerto per ambidue, il contratto è aleatorio.

Non sarebbe del pari se vi vendessi il futuro ricolto dei miei pomi per la somma di 300 fr. sebbene il rischio fosse per una parte soltanto.

Vero si è che il testo del nostro articolo richiede che vi sia *dubbio di guadagno o di perdita per ognuna delle parti*. Ma l'art. 1964 (1836) spiega che il contratto aleatorio è quello, i cui effetti dipendono da un avvenimento incerto, quanto ai vantaggi e alle perdite sia per tutte le parti, *che per una* o *per molte*. Del resto, quand'anche l'obbligo dell'una delle parti sia stabilito immediatamente, e solo incerto l'equivalente, può dirsi esservi dubbio di guadagno, o di perdita per le due parti, e tale sembraci essere nel nostro articolo il pensiero dei compilatori. Vendendovi quel che trarrò colla mia rete

per 25 franchi perderò in questa vendita prendendo 40 fr. di pesce, e vi guadagnerò invece prendendone 10, o 12 fr.

1105 (1059) — Il contratto di *beneficenza* è quello in cui una delle parti procura all'altra un vantaggio meramente gratuito.

1106 (1060) — Il contratto a *titolo oneroso* è quello che assoggetta ciascuna delle parti a dare o a fare qualche cosa.

390. Si è detto come il contratto a titolo oneroso, definito con poca esattezza dal nostro art. 1106 (1060), è quello in cui ognuna delle parti crede procurarsi un vantaggio, e fare un negozio interessato; il contratto invece è di beneficenza, quando l'una delle parti rende all'altra un servigio, procurandole un vantaggio che a se non frutta alcun *bene*. Prestandomi il vostro cavallo, o incaricandovi di un deposito che vi confido, o accettando un mandato che vi offro, il contratto è per voi un atto di beneficenza, un servizio gratuito. Ma se stipulate un prezzo pei vostri servigi, allora il comodato, il deposito, e il mandato si cangerebbero in locazione, e diverrebbero contratti a titolo oneroso.

La definizione dell'art. 1106 (1060) non è rigorosamente esatta; per esempio, se vi debbo una quantità di olio, e voi consentite a liberarmene a patto che ve ne paghi la somma di..... in tre mesi, è questo un contratto unilaterale, col quale io solo sono obbligato, ed è pure a titolo oneroso. L'articolo dunque a torto ha voluto che il contratto obblighi *ognuna* delle parti a *dare* o a *fare* qualche cosa.

1107 (1061). — I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non ne abbiano, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto del presente titolo.

Le regole particolari per determinati contratti vengono stabilite in appresso sotto i titoli relativi a ciascuno di essi; e le regole particolari riguardanti oggetti commerciali vengono stabilite dalle leggi sul commercio. *

391. I vari contratti coi quali le persone possono fra loro obbligarsi, sono tanto varii da non potere dare ad ognuno un nome speciale. Noi quindi come i Romani avremo contratti *nominati* e *innominati*. Ma la simiglianza va anche oltre. In Roma qualunque contratto non nominato cioè specialmente e nominatamente preveduto dalla legislazione, non poteva derivare dal solo consenso, dal semplice accordo delle parti (il quale accordo sarebbe stato un patto non civilmente obbligatorio); ma si formava con la eseruzione del patto, *re*, in guisachè vi era contratto innominato quando si era in un caso preveduto da una delle formole, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Da noi al contrario i contratti innominati, come i nominati, si formeranno col solo consenso; avvegnacchè non abbiamo più patti, e il semplice accordo di obbligarsi crea immediatamente l'obbligo e forma il contratto.

Del resto, mentre il contratto *nominato* designato dalla legge sarà necessariamente governato dalle regole speciali del Codice, i contratti innominati in massa van soggetti ai principî generali del nostro titolo; ma ciò non impedirebbe che si applicas-

* La definizione dei contratti riposa sulla loro essenza e sui caratteri differenziali di ciascuno, dalla legge espressamente determinati. Indarno quindi si tramuterebbe un deposito in prestito, ed una vendita in affitto. Ed il magistrato seguendo inavvedutamente queste metamorfosi originate dall'ignoranza o dalla malizia, non interpreta le clausole dubbie di un contratto, ma lo disnatura; non emette un giudizio di fatto, ma risolve una quistione di dritto, violando apertamente la legge che lo aveva diversamente qualificato. C. S. di Napoli, 18 genn. 1853.

sero ad un contratto innominato tutte o alcune regole del contratto nominato con cui avrebbe maggiore analogia.

392. I contratti, oltrechè si dividono 1° in *sinallagmatici* e *unilaterali*, 2° in *gratuiti* e *onerosi* (i quali ultimi si suddividono in *commutativi e aleatori*), 3° in *nominati* e *innominati*, si dividono pure, 4° in *principali* ed *accessori* e 5° in *solenni* e *non solenni*.

Un contratto è principale o accessorio secondo che può esistere da se, ovvero congiunto ad un altro, come la concessione d'una ipoteca.

Il contratto è o no solenne secondo che la sua esistenza legale dipenda o pur no dalle formalità che dee compiere un pubblico ufficiale. Non parlando del matrimonio, della adozione che non sono contratti pecuniarl e di cui non può occuparsi il nostro titolo, vi sono tre contratti solenni, la donazione, il contratto d'ipoteca e il contratto (pecuniario) di matrimonio, i quali debbono farsi con atto notarile (articolo 931. 1394 e 2127 (855, 1348 M e 2013)). I contratti solenni che debbono farsi per pubblica scrittura sono per ciò i soli contratti letterali; imperocchè se alle volte un testo speciale vuole la scrittura, ove l'oggetto del contratto ecceda i 150 fr., gli è solo per la prova del contratto, e non mai per la sua validità (art. 1341, 1834, 2044 (1294, 1706, 1916)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE CONDIZIONI ESSENZIALI PER RENDER VALIDE LE CONVENZIONI

1108 (1062). — Quattro condizioni sono essenziali per la validità di una convenzione:

Il consenso di colui che si obbliga;

La capacità di contrattare;

La certezza della cosa che forma il soggetto della convenzione;

Una causa lecita per obbligarsi.

SOMMARIO

I. Queste condizioni sono essenziali non per la esistenza del contratto, ma per la sua validità.

II. 1ª condizione. *Accordo delle volontà.— Della pollicitazione. L'accettazione dell' altra parte non ha bisogno d' esser nota alla prima perchè si formi il contratto: dissenso da Merlin e Toullier, ec.*

III. 2ª condizione: *Capacità legale della parte che si obbliga. Lo stato di chi è senza ragione, non costituisce una semplice incapacità legale, ma una mancanza di volontà per cui non può formarsi il contratto: censura di Zachariæ.*

IV. 3ª condizione: *Un oggetto dell' obbligazione, lecito e abbastanza determinato.*

V. 4ª condizione: *Una causa lecita della obbligazione.*

VI. In alcuni casi è necessaria una quinta condizione.

I. — 393. In quest'articolo s'indicano le condizioni essenziali, gli elementi indispensabili perchè una convenzione sia valida, non già perchè *esista*. Qui non meno che per le domande di nullità di matrimonio (art. 180 (T)) e per l'azione di nullità delle convenzioni (art. 1304 (1258)), non si tratta dei casi in cui il contratto non esiste, ma soltanto di quei casi in cui il contratto ha un vizio, che può farlo annullare.

Male quindi si è censurata la parola *essenziali* usata dal nostro articolo e dalla rubrica del nostro capitolo. « Le condizioni richieste, si è detto, non sono tutte essenziali: avvegnachè non ostante l'incapacità di una parte, per modo di esempio, il contratto ugualmente si formerebbe; talmentechè sarebbe inoppugnabile dall'altra parte (art. 1125 (1079)) ed anche dalla parte incapace dopo dieci anni da che è cessata la incapacità (art. 1304 (1258))... »

Senza fallo la incapacità non è essenziale perchè il contratto si formi, ma perchè sia valido; e delle condizioni essenziali per la *validità* parlano la nostra rubrica ed il testo del nostro articolo. Per tal riguardo non è a censurarsi il Codice.

D' altronde la legge che si occupa dei contratti viziosi, e non di quelli che non esistono, e ne rassegna gli elementi essenziali alla validità del contratto, indica pure e forzatamente quelle condizioni indispensabili perchè il contratto si formi, quale è il consenso senza di cui non potrebbe certamente esistere la convenzione.

Quattro sono le condizioni essenziali alla validità del contratto, delle quali alcune necessarie alla sua stessa esistenza.

II. — 394. La legge vuole dapprima *il consenso della parte che si obbliga* cioè: il suo assenso alla volontà dianzi manifestata dall'altra parte. Infatti la parola *consenso* suppone una prima volontà a cui si accosta la volontà di chi consente. Non si consente da se solo. — Pure la legge qui è poco esatta; avvegnachè da una parte parrebbe che l'articolo dicesse che una sola parte si obbligherà, mentre dovevasi egualmente prevedere il caso pur frequente di obbligazioni reciproche, di contratti sinallagmatici. E poi nello stesso contratto unilaterale, non sempre la parte che solo si obbliga consentirà alla proposta dell'altra, potendo questa farsi dalla parte che dee obbligarsi, e allora il consenso sarà dato dall'altra. Bisognava dunque richiedersi più generalmente *il consenso delle parti.*

La proposta di chi si offre di obbligarsi, finchè non sia accettata dall'altra parte, dicesi di ordinario *pollicitazione* (da *polliceri*, promettere). Tal pollicitazione, non accettata dall'altra parte, non sortisce alcun effetto. e può esser sempre rivocata (art. 1212, paragr. 3, 1261 (1165, 1214)). Al contrario, manifestato l'assenso della altra parte alla offerta fatta dalla prima in qualsiasi tempo, purchè quella sia viva e possa consentire, formasi il contratto, esiste la obbligazione, e non può più ritrattarsi la pollicitazione. Gli è pur evidente che ove colui che propone avesse accordato all'altra parte un termine per l'accettazione, non potrebbe rivocare le sue offerte pria che quello spiri; e al contrario, se avesse dichiarato far l'offerta con la condizione di essere accettata in un dato termine, scorso questo la offerta sarebbe rivocata *ipso facto*.

395. Tutto ciò è semplice, ma è molto controverso, massime nelle vendite per corrispondenza, se per formarsi il contratto basta che le offerte sieno accettate in tempo utile, ovvero bisogna che l'accettazione sia nota a chi propone.

Da una mano, si dice che un consenso *retentum in mente*, una volontà non nota è in dritto come se non esista (1). Ma dall'altra si risponde (ed è questo pure il nostro avviso) che la volontà non è più *in mente retenta*, quando è espressa, manifestata al di fuori, quantunque non sia pervenuta ancora all'altra parte (2). Se bisognasse aspettare che il proponente conoscesse la volontà di chi accetta, dovrebbe anche richiedersi conseguentemente che chi accetta sappia poi che la sua manifestazione sia nota a chi propone innanzi che questi abbia rivocata la sua; perocchè fino a quel punto chi accetta potrebbe dire, secondo lo stesso principio, di non conoscere se il contratto fosse o pur no formato, e non potere esser legato a sua insaputa da un contratto. Ove ne andremmo se fosse necessario che ciascuna parte conoscesse il pensiero presente dell' altra? Certamente una volontà *retenta in mente* è in dritto come se non esista; ma qui supponiamo una volontà espressa, manifestata da una parte e dall' altra. La volontà manifestata da chi propone, sussiste finchè da lui non sia rivocata; e manifestata che è quella di chi accetta, coesistono le due volontà, ervi il contratto. —

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Vente*, § 1, art. 3); Toullier (VI-29); Pardessus (*Dr. comm.*, 1-250); Delvincourt, Troplong (*Vente*, n. 25).

(2) Duranton (XVI 45); Duvergier (*Vente*, 1-58), Zachariae (II, p. 465); Championnière e Rigaud (1-189).

La regola diversa dell'art. 932 (856) relativo alle donazioni, come le altre regole di quella materia, è di certo una eccezione che non potrebbe rendersi generale. La mancanza di notifica nuoce solo alla perfezione del contratto rispetto al donante; il contratto si forma sempre coll'accettazione stessa del donatario, ma è soltanto risolubile per la revoca fatta dal donante.

III. — 396. La capacità della parte che si obbliga, è la seconda condizione necessaria perchè il contratto sia valido.

Qui la condizione è richiesta per la sola parte che si obbliga, avvegnachè chi non si obbliga non deve esser capace di obbligarsi: l'incapace purchè possa consentire e consenta, può sempre obbligare gli altri in suo vantaggio, stipulare e far migliore la sua condizione. E quando pure il contratto sia sinallagmatico, l'incapace con cui vi obbligate si obblighi con voi, il contratto sebbene vizioso non può da voi essere impugnato, essendo la incapacità stabilita in vantaggio dello incapace, di modo che egli è libero di fare annullare la convenzione, o di pretenderne l'adempimento (art. 1125 (1079)).

397. Non deesi confondere la incapacità puramente legale di contrarre di cui discorriamo, con la incapacità naturale di consentire, che rientrerebbe nella prima condizione. La donna maritata, incapace di contrarre senza autorizzazione del marito o del magistrato, è infatto capace di consentire; del pari un giovane da 19 a 20 anni, il quale essendo pienamente capace di comprendere quel che fa, è in dritto, incapace di contrarre alcuna obbligazione perchè ancora in tutela. La capacità di contrarre vuolsi perchè la convenzione sia valida, non perchè si formi; e la sua mancanza dà luogo allo annullamento che può domandarsi entro i dieci anni da quando è cessata l'incapacità. Al contrario, la capacità di consentire è essenziale alla esistenza medesima del contratto. Il difetto di capacità produce necessariamente mancanza di consenso e quindi non v'è convenzione; non potrebbe infrangersi dentro un certo termine un contratto che non esiste. Così un giovane, un demente, un ubbriaco che sieno fuori senno, un ammalato delirante firmi un atto di vendita, nulla si è fatto, ed il preteso contratto è radicalmente e perennemente nullo.

Pure l'ebbrezza secondo Toullier (VI-112) e non solo l'ebbrezza o il delirio, ma anche la follia secondo Zachariae (II, pagina 467) sarebbero casi di semplice incapacità, e il contratto può andar solo soggetto ad annullamento. Secondo questa strana dottrina, l'atto di un demente non sarebbe mai nullo, anzi potrebbe annullarsi non già per la demenza, ma solo per effetto della sentenza d'interdizione. Ma tal sistema non può certamente sostenersi, si contraddice da se stesso. Imperocchè, se la demenza anzichè produrre una nullità radicale per manco di consenso, rendesse semplicemente annullabile l'atto per la forza dell'interdizione, il delirio e l'ebbrezza che non possono avere maggiore effetto, e per cui non potrebbe pronunziarsi una interdizione, farebbero che il contratto non solo esistesse, ma fosse pienamente valido. Delle due cose l'una: o dichiarar valide le convenzioni fatte nel delirio e nell'ebbrezza che priverebbero della ragione, o dichiararle radicalmente nulle per manco di consenso. Nessuno oserebbe sostenere la prima idea, e la seconda è evidentissima, dacchè la convenzione è il consenso stesso (1).

IV. — 398. Il nostro articolo in terzo luogo vuole *un oggetto certo* per materia dello impegno, della obbligazione. Il quale terzo elemento è, come il primo, per forza delle cose, indispensabile alla esistenza medesima della convenzione, avvegnachè non potrebbe concepirsi una obbligazione senza oggetto: quando alcuno si obbliga, si obbliga necessariamente a qualche cosa. Ma la legge non vuole soltanto che la obbligazione abbia un oggetto, ma che desso sia *certo*.

Il senso vago di tale espressione vien spiegato dall'art. 1129 (1083) il quale dice

(1) Ved. Pothier (n. 3, 49, 51); Duranton (X-103); Angers (12 dic. 1823).

che l'oggetto dell'obbligazione deve essere determinato almeno nella sua specie, e se incerta può esser la quota della cosa che forma l'oggetto, dee almeno potersi determinare. Quando io mi obbligo a darvi un *animale*, non vi sarà contratto, perchè l'oggetto della obbligazione non è determinato nè nel suo individuo, nè nella sua specie. E infatti obbligarmi a darvi *un animale*, non importa obbligarmi sul serio, ma fare uno scherzo, potendo darvi una mosca, un vermicciuolo, un oggetto di nessun valore; come anche se mi obbligassi a fare per voi *una qualche cosa*. Ma se invece di indicare un genere tanto vago che io non ne sono per nulla legato, abbia determinato o l'individuo, o almeno la specie; se vi ho promesso il tal cavallo, o soltanto un *cavallo* addetto a quel servigio, (servigio indicato se non dai termini della convenzione, almeno dalla vostra stessa condizione) l'oggetto è determinato in modo che il legame è serio, e l'obbligazione è formata. Parimente, obbligandomi a provvedervi *del pane* senz'altro, non vi è obbligazione, ma se il pane che debbo darvi per tre mesi, serve per vostro alimento, la porzione che non è determinata, lo può facilmente essere, e l'obbligo è valido.

Dunque il nostro articolo volendo un *oggetto certo*, vuole un oggetto abbastanza determinato, perchè il debitore sia seriamente legato; un oggetto il cui valore o il prodotto fossero talmente determinati ed assicurati, da non potere il debitore ridurli a nulla.

399. Sebbene il nostro articolo voglia soltanto che l'oggetto della obbligazione sia certo, cioè abbastanza determinato da legare realmente colui che si obbliga, pure l'oggetto deve anche esser lecito. Se io prometto per una somma di uccidere il tale, la mia pretesa obbligazione, sebbene abbia un oggetto determinato, è radicalmente nulla e senza alcuna esistenza, non essendone lecito l'oggetto. Gli attentati alla vita, all'onore delle persone, e in generale i delitti non possono formar la materia di una stipulazione, non essendo cose di commercio; le quali soltanto secondo l'art. 1128 (1082) possono formare l'oggetto delle convenzioni.

V.—400. Il quarto ed ultimo elemento necessario è una causa lecita dell'obbligazione. Abbiamo avuto il destro di dire che nel linguaggio del dritto non dicesi intendere *per causa dell' obbligazione*, la causa del contratto, od anche la causa dell'obbligazione nel linguaggio ordinario. Vendendovi il mio podere, la causa del contratto, o se si vuole, della mia obbligazione, il motivo determinante, sarà ora la necessità di pagare considerevoli somme, ora il progetto di acquistare rendite o case in cambio delle mie terre, onde crescere la mia rendita, ora di dotare mia figlia. Ma in dritto non si considerano questi motivi primi, ma solo il motivo ultimo ed immediato della obbligazione che costituisce la sua causa giuridica; obbligandomi a darvi il mio podere, il motivo immediato, la causa giuridica della mia obbligazione, si è l'obbligazione vostra di pagarmi una somma di denaro, qualunque ne sia l'impiego che io debba farne. — Similmente, consentendo di rilasciarvi la mia casa di Parigi in cambio del vostro terreno di Auteuil, non monta che io voglia farne un vigneto, o costruirvi una casa di piacere, o una fabbrica da dare in affitto, non montano infine i motivi determinanti; in tutti i casi, l'obbligazione vostra di rilasciarmi il terreno, è la causa della mia di rilasciarvi la casa.

Nei contratti sinallagmatici l'obbligo di una parte è sempre la causa dell'obbligo dell'altra: la *causa* di ciascuna obbligazione è il desiderio di conseguire ciò che forma l'*oggetto* dell'obbligazione. — Essendo il contratto unilaterale ed una sola la obbligazione, questa sendo a titolo oneroso, ha la sua causa nel conseguire quel vantaggio procurato dall'altra parte; sendo a titolo gratuito, ha la sua causa nel desiderio che ha l'una parte di render servigio all'altra.

401. La legge non vuole che la causa prima la quale infatti ha determinato la parte a contrarre, abbia questo o quel carattere, ma solo che non sia illecita la causa immediata della obbligazione. Così

obbligandomi a darvi il mio campo per la somma di 10,000 franchi che mi servono per far commettere un delitto, è sempre valida la mia obbligazione verso di voi, nè potrei ricusarmi a rilasciarvi il campo venduto. Ma quando poi prometterò a Pietro di pagargli i 10,000 franchi in prezzo del delitto che ci promette di fare, allora saranno nulle le nostre obbligazioni, la mia perchè non ha causa lecita, e la sua per mancanza di oggetto lecito; e nessuno di noi potrebbe costringere l'altro allo adempimento.

VI. — 402. La legge dichiara necessarie le quattro condizioni da noi spiegate che sono le sole indispensabili in principio e pei contratti ordinarî. Ma per eccezione è necessario un quinto elemento nei tre contratti letterali e solenni. La scrittura in questo caso non vuolsi soltanto per provar la convenzione, ma diventa una condizione essenziale perchè essa esista legalmente; purchè sia accompagnata dalle formalità (art. 1107 *in fine* (1061)).

SEZIONE PRIMA

DEL CONSENSO

1109 (1063). — Il consenso non è valido, se è stato dato per errore, se fu estorto per violenza, o carpito per dolo.

SOMMARIO

I. Qui non si tratta della inesistenza del consenso, ma del consenso vizioso, che può essere revocato. Inesattezza di Toullier, e di Duranton: errore di Poujol.

II. Il dolo, non è propriamente un vizio del consenso, come al contrario è la lesione: perchè l'articolo non ne parla. Divisione della sezione.

I. — 403. Questo articolo prova ciò che abbiam detto più d'una volta, e che i comentatori spesso dimenticarono, cioè di non trattarsi qui della mancanza del consenso, ma solo dei casi in cui il consenso dato realmente, abbia un vizio per cui si può far rivocare infrangendo il contratto. Imperocchè la legge parla di un consenso che non è *valido* per essere *stato dato* in conseguenza dell'errore, della violenza o del dolo. Se il consenso è *stato dato* (per qualsia causa) esso esiste; e bisogna che esista, perchè si possa dire se sia o no valido. D'altronde, se il consenso non esistesse, il contratto non si sarebbe formato, nè l'obbligazione nata, e quindi non potrebbe trattarsi di fare annullare il contratto, ed estinguere la obbligazione. La legge più innanzi ci dirà che l'azione di nullità per errore, violenza, o dolo è una delle cause onde si estingue la obbligazione, e dove non sia intentata entro i dieci anni, sussistono sempre il contratto, e la obbligazione che ne è sorta (art. 1234, 1304 (1187, 1258)).

Se dunque io mi dolessi di un errore, o d'una violenza che realmente escludono il consenso; se quando voi volete vendermi la vostra casa di Auteuil, io intendeva quella di Parigi; ovvero se per la violenza cui soggiacqui, fui costretto di viva forza a sottoscrivere senza la mia volontà, non sarebbe questo il caso previsto dai nostri articoli. Mancherebbe allora il consenso, mancherebbe il contratto; il nostro articolo non parla, nè dovea parlare che del caso in cui il consenso è *stato dato*, ma dato in circostanze, per cui si può fare annullare.

404. Fa meraviglia che una teoria sì semplice, sì profondamente scritta nella natura delle cose, chiaramente indicata dal nostro art. 1109 (1063 M) e dagli art. 1117 e 1234 (1071 e 1087), così bellamente esposta da Pothier, ed anche nei lavori preparatori del Codice, non sia stata fino

ad ora compresa dal più degli interpreti, massime per ciò che riguarda la violenza. —È forza dunque dar qui un nuovo sviluppo a verità sì evidenti.

La teoria della violenza, spiegata inesattamente da Toullier (n. 76) e da Duranton (X, 138-139) (i quali credono che i nostri articoli, si applichino tanto alla violenza che escluderebbe il consenso, quanto a quella che soltanto lo rende vizioso), passata in silenzio da Delvincourt e da Zachariæ, era stata esposta tanto chiaramente (per tacere di Pothier) da Demante (II-355) e da noi stessi, che sembrava già non poterví essere nuove discussioni intorno a ciò. Ma non fu così; Poujol, il solo che abbia trattato questa materia, dopo le nostre prime edizioni, incomincia il suo comentario degli art. 1112, 1113 (1066, 1067) dallo stabilire in principio, che: « il consenso *non è reale*, se è prodotto dalla violenza; essendovi violenza, *non vi è volontà* » sostenendolo colla pretesa citazione, *voluntas coacta non est voluntas*. Or la frase citata da Poujol, e tratta dalla glossa della legge 21, § 5 del titolo *quod metus causa*, dice al contrario *voluntas coacta* EST *voluntas*. Infatti dire che la volontà provenga da quella causa, che abbia tal qualità, importa che la volontà esiste: *quamvis, si liberum esse noluissem*, diceva quella legge, *tamen coactus volui*. Scegliere fra due cose che prima non si volevano affatto, e deliberarsi infine per la meno molesta, vale fare atto di propria volontà, *qui mavult, vult*. « Non vi è *valido* consenso, leggesi nella relazione fatta al Tribunato, se è stato dato per errore, estorto per violenza, o carpito per dolo. Ma chi pretende essere stato costretto, ingannato, o sorpreso, deve provarlo: *se no, l'impegno resta in tutto il suo vigore* » (Fenet, tomo XIII, pag. 369). E in vero, se non vi fosse volontà, non vi sarebbe contratto, nè obbligazione, e quindi, come parlarsi di far cessare questa obbligazione, annullare questo contratto? Come l'uno e l'altra sarebbero inattaccabili scorso un certo tempo? Fa pena il dover notare siffatte dottrine in opere recenti, che avrebbero dovuto trar profitto delle verità e degli stessi errori delle antiche. Lo ripetiamo, nei casi preveduti dai nostri articoli, il consenso esiste, il contratto si forma. Se non che, siccome il consenso deriva da una causa, che la legge non deve sanzionare, l'obbligato può farlo rivocare, ed annullare il contratto.

II.—405. La legge ci espone tre diverse cause che possono rendere insufficiente il consenso; ciò sono l'errore, la violenza, il dolo. Ma vedremo che la legge non riguarda in fondo il dolo, come un vizio propriamente detto del consenso, che attacchi realmente il contratto, ma piuttosto come una causa che faccia sorgere la obbligazione personale dei danni interessi; cotalchè è un vizio puramente relativo (articolo 1116 (1070)).

Dippiù vedremo nella lesione un altro vizio reale ed assoluto del consenso (articolo 1118 (1072)); la quale causa di annullamento non è indicata dal nostro articolo, perchè non ammessa in generale, ma soltanto in certi casi eccezionali.

Dobbiamo anche spiegare quattro articoli nati da tradizioni mal comprese, e che sono più pericolosi che utili nella legge. Le quali disposizioni che potevano bene trasandarsi, non sono ben collocate nella nostra materia, in cui si tratta dei contratti che si possono fare annullare per qualche vizio del consenso, mentre quelle si riferiscono a due casi nei quali il contratto non si forma, ora perchè manca affatto il consenso, ora perchè manca l'oggetto che abbia qualche interesse pel creditore.

Occupiamoci dapprima dei quattro casi di errore, di violenza, di dolo, di lesione, e poi nel quinto ed ultimo paragrafo, degli articoli di cui abbiam fatto cenno.

§ 1.

1110 (1064).—L'errore non produce la nullità della convenzione, che quando

cade sopra la sostanza stessa della cosa che ne è il soggetto.

Non produce nullità quando non cade sulla persona con la quale s'intende di contrattare, eccetto che la considerazione di questa persona sia la causa principale della convenzione.

SOMMARIO

I. L'errore impedisce che il contratto si formi, se versa sull'indole o l'oggetto del contratto; è indifferente se versa sul motivo.

II. È desso una causa di annullamento, se versa sulle qualità essenziali, o sulla persona con cui, o in considerazione di cui si è contratto.

III. Inconveniente di tal disposizione; rimedio che si trova nella legge.

I. — 406. L'errore in cui ci troviamo nel contrarre, può versare 1° sull'indole del contratto che crediamo di fare, 2° sul motivo determinante a contrarre, 3° sull'oggetto del contratto, 4° sulle qualità di esso oggetto, 5° infine sulla persona con cui si contrae.

Quando l'errore versa sull'indole del contratto; come ad esempio, se per non esserci bene intesi, voi avete creduto noleggiarmi il vostro cavallo, ed io comprarlo, non v'è allora contratto. Infatti non vi è stato fra noi accordo d'idee, incontro di volontà, *consensus in idem placitum*. Non vi è dunque convenzione; e siccome la legge tratta qui solo dei casi in cui il contratto esiste e può essere infranto, non ha dovuto occuparsi di questa specie di errore.

Se l'errore versa soltanto sul motivo del contratto; come ad esempio, se ho comprato il vostro cavallo supponendo morto il mio, mentre era vivo ed io poteva ancora usarne, la convenzione è sempre valida, non trattando la legge dei motivi dedeterminanti la convenzione.

Se l'errore versa sull'oggetto del contratto, *in ipso corpore rei*; se per modo di esempio, voi intendete vendermi il vostro cavallo bianco, dove io intendeva il nero, non vi è nemmeno contratto, nè il nostro articolo dovea di ciò occuparsi.

II. — 407. Dippiù l'articolo parlando dell'errore *sulla sostanza della cosa* non prevede tal circostanza. In filosofia intendesi per *sostanza* della cosa la cosa medesima nelle sue intimità, quella materia fondamentale e inaccessibile ai sensi che riceve le qualità, i modi, *quod* STAT *sub modis*, SUB-STANTIA. Ma non è questo il linguaggio del dritto. La legge riguardando le cose sotto l'aspetto della loro utilità per l'uomo, intende per sostanza delle cose tutte insieme le loro qualità principali. Di più Pothier le cui idee sono state seguite costantemente nel nostro titolo, ci dice (n°. 18) che « l'errore annulla la convenzione, quando versa *sulla qualità* della cosa *che i contraenti ebbero principalmente in mira*, e che forma *la sostanza medesima della cosa* ».

Ma come distinguersi le qualità principali sostanziali, da quelle puramente accessorie ed accidentali? Bisogna che si conosca la differenza avvegnachè il nostro articolo accordi soltanto l'annullamento per le prime e non già per le seconde; l'errore, egli dice, *non* è causa di nullità, *che* quando versa *sulla sostanza medesima* della cosa. Qual sarà dunque la differenza? Deesi a nostro avviso intendere per qualità sostanziale, qualunque qualità che non capace di più o meno, fa passare l'oggetto in quella specie o in quell'altra secondo che dessa esiste o nò. — Così ho comprato dei candellieri di rame, credendoli d'oro, un cavallo normanno per uno arabo, una contraffazione, supponendola non tale, di Raffaello, di una medaglia antica, di un mobile di Boule; in questi ed altri somiglianti casi, il contratto può annullarsi giusta il nostro articolo. Quelle qualità, benchè tali sieno, fanno pure che l'oggetto è la tale o tale altra cosa, e lo pongono

necessariamente e assolutamente in quella specie perfettamente determinata e distinta da qualunque altra. Un quadro è o non è di Raffaello, un cavallo è, o non è arabo; ciò è assoluto, e non ammette più o meno. — Al contrario, se ho creduto eccellente un libro mediocre, corridore un cattivo cavallo, le qualità su cui allora versa l'errore, non sono sostanziali, dacchè, poste a petto delle qualità contrarie, si scorge fra loro una semplice differenza dal più al meno.

408. L'errore sulla persona con cui si contratta, sarà causa di annullamento sol quando la convenzione sarà stata fatta principalmente in considerazione della persona con cui si è creduto contrarre. Così ho ordinato il ritratto a un pittore, che tengo di essere Melotte perchè abita lo appartamento occupato da lui; ovvero presto senza esitanza un'ingente somma di denaro ad un vicino che me la chiede, credendolo il tal proprietario ricchissimo, ma egli è fratello a colui, e nulla possiede: in tal caso io potrò fare annullare la mia convenzione.

III. — 409. Si noti che la legge nel permettere che si annulli la convenzione per errore sulle qualità sostanziali della cosa, o sulla persona in considerazione della quale si è contratto, suppone che la volontà di una parte di avere una cosa di quella specie, o di contrarre con la tal persona, non sia stata manifestata all'altra parte. Imperocchè, se la mia volontà fosse stata nota a colui con cui ho contratto, se gli avessi fatto conoscere l'errore in cui era, non sarebbe più il caso di annullamento per errore. Così, se vi dico che vorrei comprare un Raffaello, e per tale compro da voi un quadro, non può darsi luogo ad annullamento per errore. Infatti, se conoscendo non essere di Raffaello, voi mi dite che il quadro sia di lui, e quindi lo compro, voi mi avete ingannato, ed io posso fare annullare il contratto per dolo, giusta l'articolo **1416** (**1070**). Ed è sì vero che questo caso non sia più governato dal nostro articolo, che io potrei farlo sempre annullare in forza di quell'articolo, ancora quando l'errore versasse sulle qualità puramente accidentali. Se poi errando anche voi mi avete detto di buona fede essere il quadro di Raffaello, e per tale me lo avete venduto, il contratto va implicitamente soggetto alla condizione: « se il quadro è di Raffaello »; mancata la quale non si è mai formato il contratto: Il risultamento sarebbe anche qui lo stesso, tanto per la qualità accidentale che per la sostanziale. — Se infine mi dichiarate francamente di non conoscere l'autore del quadro e vendermelo per quel che è, sta in me accettare o ricusare; e se fo il contratto, non potrò allegare poi per pretesto il mio errore. — Dunque il nostro articolo ammette l'annullamento per errore unicamente quando non ho manifestato l'errore in cui era.

Dopo ciò è forse difficile giustificare la disposizione del nostro articolo. Se avete comprato un cavallo supponendolo di quella razza, ma senza dir parola di tal circostanza; se mi avete fatto fare un ritratto prendendomi per un altro pittore, ma senza dirmi il nome di quello per cui mi scambiavate; egli è giusto che si ricompensi la vostra imbecillità con annullarsi un contratto in cui io nulla possa rimproverarmi?

Del resto l'inconveniente ha il suo rimedio. I magistrati non potranno dapprima dichiarar la nullità se non dopo provato l'errore, il che sarà d'ordinario molto difficile. D'altra mano, quand'anche l'errore fosse certo, l'altra parte potrà sempre in forza degli art. **1382**, **1383** (**1333**, **1337**) farsi ristorare del danno avuto.

§ 2. — *Della violenza o meglio del timore.*

1111 (**1065**). — La violenza usata contro colui che ha contratto l'obbligazione, è causa di nullità, ancorchè sia stata usata da una terza persona diversa da quella, a vantaggio della quale s'è fatta la convenzione.

410. La violenza usata contro una persona onde costringerla a contrarre, o piuttosto il timore di violenze o di pericoli minacciati, se si negasse, è una dello causo per cui si annullerebbe la convenzione consentita sotto l'impero di quella forza. Diciamo, che si tratta del timore di violenze future, anzichè dell'effetto di violenze già usate. Infatti, se io mi delibero a sottoscrivere mio malgrado un atto che stimo un male per me, lo fo per evitare un male maggiore. — Or se il male fosse interamente passato, io non potrei schivarlo, e quindi le violenze che mi si potrebbero fare nel dare il mio consenso, agiranno su di me, perchè me ne fanno temere altre. In tutti i casi, il *timore* di un male *futuro* determinerà la volontà, e il seguente articolo fa comprendere come il nostro sia mal dettato, quando dice che la violenza consiste in tutto ciò che può ispirare al contraente il timore di esporre la sua persona o le sue sostanze a un male considerevole. Or siccome il timore di un male considerevole ispirato per togliere la libertà del consenso, fa che la scelta sia infra due mali, così il consenso allora dato non è pieno ed intero; e quindi è giusto che la convenzione si possa rivocare per la insufficienza di quel consenso. Nè importa, che il timore sia stato ispirato dalla parte con cui si è contratto, ovvero da chi è estraneo al contratto, e inconsapevole la parte; in ambi i casi, il timore ha sortito lo stesso effetto, la volontà non è libera, il consenso non pieno.

1112 (1066). — Il consenso si considera estorto per violenza, quando questa è di tale natura da fare impressione sopra una persona sensata, e da poter incuterle il timore di esporre la persona propria o le sue facoltà ad un male considerabile e presente.

Si ha riguardo, in questa materia, alla età, al sesso ed alla condizione delle persone.

411. In questo testo (in cui malamente furono dettate le parole « vi è violenza, quando sia tale...» non è ben dato il luogo, all'epiteto *ragionevole*; e non è bene adatta quell'altra espressione di *male presente*) si restringe a dire: vi sarà violenza nel senso della legge, quando affin di costringere alcuno a contrarre, gli s'imprimerà il timore, ragionevole per lui, di andare incontro inevitabilmente a un male considerevole.

Il testo, dicendo che vi è violenza quando sia tale da far la impressione cui allude l'articolo, ci dimostra che non debba aversi riguardo all'indole dei mezzi usati onde produrre tale impressione, non importando che sieno minacce semplici, o vie di fatto.

Laideadella legge, che questi mezzi debbono esser tali da fare impressione sopra una persona ragionevole, deve spiegarsi col secondo paragrafo, secondo il quale bisogna aver riguardo all'età, al sesso, e alla condizione della persona. Non è necessario, come dice il testo, che il mezzo abbia potuto fare impressione *sopra una persona ragionevole*; bastando che secondo le circostanze di età, sesso, educazione, carattere, abitudine della persona, il mezzo abbia dovuto ragionevolmente fare impressione sopra di lei.

Ciò risulta dal nostro secondo paragrafo che ha mutato intorno a ciò la regola del dritto romano, il quale chiedeva che la violenza fosse tale da fare impressione *in homine constantissimo*. Pothier nel riprodurre questa idea dicea (n°. 25), che dovea esser capace da fare impressione sopra una persona coraggiosa » aggiungendo più innanzi, tal principio per la sua troppa rigidezza non potersi adottare da noi, e doversi in questa materia aver riguardo all'età, al sesso e alla condizione delle persone. I nostri compilatori, tuttocchè adottino quest'ultima idea, han pure riprodotto la prima frase, sostituendo soltanto *sensata* a *coraggiosa*, senza badare che la frase era sempre inesatta, e che

il secondo paragrafo altro non vuole se non che un timore ragionevole e ben fondato, non già in sè e realmente, ma rispetto alla persona, e nell'animo di lei.

412. I nostri compilatori, seguendo servilmente Pothier che avea frainteso la legge romana, vogliono il timore di un male considerevole *e presente*. Pothier (*ibid.*) parlava di un male « che la persona era minacciata di *soffrire incontanente* » e così egli traduceva il *metum praesentem* della legge romana. Ma *metus praesens* significa il timore presente di un male, e non già il timore di un male presente.

Che monta che il male debba colpirmi immediatamente, ovvero da qui a poco tempo, se mi minaccia inevitabilmente senza aver mezzi onde schivarlo? Il male presente del testo adunque, non può intendersi che un male imminente, inevitabile.

1113 (1067). La violenza è causa di nullità di contratto, non solamente quando è stata usata verso uno dei contraenti, ma ancora quando lo fu verso il marito, la moglie e discendenti od ascendenti dello stesso contraente.

413. Cotesta disposizione non è certamente restrittiva; se il mio rifiuto di sottoscrivere un atto deve far recare in atto la minaccia di ruinare mia sorella, o di trattare barbaramente una persona a me cara, o di assassinare alcuno che mi è, se si vuole, del tutto estraneo, la violenza usata contro la terza persona genera in me una violenza morale, un timore affatto personale, e bastevole a render vizioso il mio consenso e fare annullare il contratto. Adunque il solo senso che può avere il nostro articolo, si è che la violenza usata contro i conjugi o i parenti in linea retta, eserciterà di pieno dritto lo stesso effetto, come se diretta contro la parte stessa contraente, laddove starà nei giudici secondo le circostanze il decidere se vi sia stata o no violenza trattandosi di altre persone.

1114 (1068). Il solo timore riverenziale verso il padre, la madre, od altri ascendenti, senza che vi sia concorsa una violenza di fatto, non basta per annullare il contratto.

414. Il timore di dispiacere a colui che profondamente si venera e che vi ispira tal timore da non osar mai contrariarlo, non meno che il timore di un male anche fisico, può sminuire la volontà del consenso; ma non essendo immorale il principio del timore, la legge non fa per esso revocare una convenzione; chè la violenza per annullare il contratto deve esser fatta *adversus bonos mores*, come ben diceva la legge romana. Finchè chi ha su di me un sì grande ascendente non ne fa uso immorale, finchè di altro non mi ha minacciato che di togliermi la sua amicizia, ed io posso negarmi senza andare incontro a veri pericoli, resta inattaccabile il contratto.

Del resto, questa regola si applicherebbe non solo per gli ascendenti, ma altresì per il parente e il benefattore che mi ha educato, per qualsiasi persona capace d'ispirarmi il timore riverenziale di cui parla il nostro articolo. E Pothier parlava qui del timore di dispiacere a un padre, ad una madre, *o ad altre persone verso le quali si debbono usare dei riguardi* (n°. 27).

La legge, fermandosi al caso più frequente, *de eo quod plerumque fit*, ha nominato i soli ascendenti.

Quando la causa del timore non è immorale e il contratto non è quindi viziato, non potrebbe impugnarsi la convenzione consentita dal debitore verso il creditore a fin di evitare il sequestro, la prigionia, o altro costringimento a lui minacciato, e che potrebbe legalmente esercitarsi : non vi è

stata la violenza *adversus bonos mores* (1).

415. Se la convenzione per forza consentita, onde sfuggire un pericolo abbia avuto ciò di mira, p. e. se una persona assalita sulla strada dai ladri ha promesso una somma di denaro ad un terzo acciocchè la salvasse, non siamo più nel caso dei nostri articoli, avvegnachè il contratto che giusta gli articoli può annullarsi, è unicamente quello che gli autori della violenza si proponevano di far consentire. E ciò si prova dacchè si avrebbe lo stesso risultamento se la promessa fosse stata fatta senza la violenza, e per ischivare un pericolo indipendente dalla volontà dell'uomo, come un incendio. L'obbligazione in tal caso sarebbe dunque valida in principio, come dichiara Pothier secondo la legge romana (n.° 24). Ma quando la obbligazione determinata dalla paura sia eccessiva, potrebbe a dir di Pothier essere ridotta dal magistrato (*ibid.*).

La riduzione che il giudice pronunzia di una obbligazione, riconosciuta in se valida, sarebbe oggi un eccesso di potere, ma vi si può giungere per altra via. Il giudice, quando l'obbligo realmente è eccessivo, può e deve dichiarare che quella stessa circostanza dà chiaro a vedere che l'obbligato era fuor di senno per effetto della paura, quindi la sua obbligazione è nulla per manco di consenso; provatosi poi che l'obbligazione non esiste, deve stabilire una somma conveniente che si dovrà pagare dalla persona, indipendentemente da qualunque volontà, per il fatto stesso del servigio che gli è stato reso, e per effetto del quasi-contratto di gestione di affari.

Toullier (V, 85) che non avea notato questo mezzo di annullare l' obbligazione eccessiva, sostituendovene un' altra, avea almeno compreso non potersi oggi più ridurre una obbligazione riconosciuta valida, essendo ciò un eccesso di potere; e fa meraviglia che Duvergier, suo annotatore, torni alla dottrina di Pothier.

1115 (1069). — Un contratto non può essere più impugnato per causa di violenza, se, cessata la medesima, sia stato approvato, od espressamente, o tacitamente o con lasciare decorrere il tempo stabilito dalla legge per la restituzione.

416. Questo articolo intorno alla violenza è inutile. Imperocchè l'art. **1117 (1071)** dichiara che i tre vizi di errore, violenza e dolo previsti dalla nostra sezione, non rendono il contratto inesistente, ma soltanto annullabile; l'art. **1304 (1258)** ripete che l'azione di nullità per errore, violenza o dolo dura dieci anni, e l'art. **1338 (1292)** autorizza e regola la ratifica di qualunque obbligazione che può annullarsi.

Tal bizzarra disposizione devesi alla maniera con cui i nostri compilatori hanno copiato nel nostro titolo il trattato di Pothier. Questi avendo parlato dell'errore sulla sostanza della cosa, o sulla persona che nell'antico dritto formava una causa di nullità radicale, di non esistenza di contratto, giunto alla violenza, dice diverso essere il suo effetto, e che « Se cessata la violenza si è approvato il contratto, o espressamente o tacitamente, facendo scorrere il tempo in cui si può essere restituito, il vizio del contratto si è purgato (n. 21) ». La spiegazione di Pothier, necessaria nel suo sistema, ha mutato poco per fornire il testo insignificante del nostro articolo.

§ 3. — *Del dolo (o piuttosto dell'errore che proviene dal dolo).*

1116 (1070). — Il dolo è causa di nullità della convenzione, quando i raggiri praticati da uno dei contraenti sono tali, da rendere evidente che senza di essi l'altra parte non avrebbe contrattato.

Il dolo non si presume, ma deve essere provato.*

(1) Pothier (n. 26); Toullier (VI-81); Merlin, (*Quest.*, alla parola *Crainte*); Duranton (X-142).

* Massime della C. S. di Napoli.
— L'ammettere l'azione di dolo è quistione di

SOMMARIO

I. Perchè il dolo è causa di nullità quando sia stato causa del contratto, e derivato dall'altra parte. — Teoria del dolo.
II. La nullità nel caso del dolo non può, come nei casi di errore o di violenza, opporsi ai terzi acquirenti. Si dissente da Duranton.
III. Il dolo semplicemente incidente produce danni ed interessi, e non mai lo annullamento.

I.—417. Il dolo che forma il terzo vizio del consenso, consiste in tutt'i mezzi usati per ingannare alcuno, e determinarlo a stringere un contratto per effetto dello errore che s'ingenera o si conferma nel suo animo. Il dolo non può dunque esser causa di nullità se non quando si provi che la parte non avrebbe contratto senza quelle pratiche ingannatrici.

Ma non basta questa prima condizione; il dolo deve essere praticato da quello con cui si obbligava la parte ingannata; praticato da un terzo, non produrrebbe l'annullamento del contratto.

Proviamoci di comprender la ragione di cotesta regola, e di dare una esatta teoria del dolo.

418. Primieramente, le pratiche fraudolenti che si possono usare contro di me, non toccano affatto il mio consenso per se stesse, ma per l'errore che elle ingenerano. Infatti, se non si fosse riuscito ad ingannarmi non ostante tutti i raggiri usati, io non avrei di che dolermi. Dunque bisogna qui aver riguardo non al dolo, ma allo errore che da quello deriva. Ora di tre cose l'una: o l'errore prodotto sarà tale da distruggere il consenso, e allora non vi sarà contratto; o tale da rendere vizioso il consenso e fare annullare il contratto, e allora rientreremo nel caso dell'art. 1110 (1064), e non già in quello dell'art. 1116 (1070); o infine l'errore verserà sopra circostanze che non conferiscono alla validità della convenzione (come ad esempio, sulle qualità semplicemente accidentali della cosa, sui motivi del contratto, ec.), e gli è questo il solo caso per cui può essere fatto il nostro articolo. Dunque le regole speciali al dolo riguardano il caso in cui il consenso non è distrutto nè abbastanza viziato, e in cui il contratto è quindi in principio pienamente valido.

Ma se l'errore che proviene dal dolo (non abbastanza grave per applicarglisi lo art. 1110 (1064)) non rende viziosa la convenzione, non è men vero che produce un danno alla parte ingannata, la quale senza lo errore si suppone che non avrebbe assentito al contratto. Or siccome chi produce un danno per propria colpa, è obbligato a ristorarlo (art. 1382, 1383 (1336, 1337)), chi con dolo mi ha indotto a contrarre, è tenuto a darmi i danni ed interessi cioè un ristoro del nocumento recatomi. Se il dolo proviene da un terzo, questi sarà tenuto a ristorarmi a danaro del danno che sarà stimato: se esso invece deriva da colui con cui ho contratto, deve adottarsi altro modo. Infatti il mezzo più semplice e più sicuro di procurarmi il ristoro del danno prodottomi dal contratto, gli è cer-

fatto lasciata all'arbitrio dei giudici. La sola ammissione di essa però, non autorizza a sospendere l'esecuzione dell'atto autentico, 28 ag. 1823.

— Non è ammissibile l'azione di dolo, ove non si neghi la scrittura, ma si sostenga che il debito derivi da un cumulo d'interessi eccessivi, 2 luglio 1825.

— Il dolo deve provarsi, e non può presumersi neppure per presunzioni gravi, precise e concordanti. Può provarsi con testimoni, anche contro l'atto autentico, 5 ap. 1827.

— Può il dolo arguirsi per via di presunzioni, nè è censurabile l'analoga convinzione del magistrato, 5 ag. 1833.

— Per le leggi che ci reggono, la buona fede è la base di tutti i contratti; quindi le sottigliezze dirette a differenziare il dolo *re ipsa*, ed il dolo personale, nel senso di procurare eccezioni che offendono la morale della civile società, quando vi è stata intenzione d'ingannare, non sono attendibili, perchè sconosciute dalla legge. Essendo il dolo un fatto personale, la differenza sta solo nel modo di provarlo, giacchè nel dolo *re ipsa* la pruova risulta dal fatto stesso prodotto dall'uomo, nel dolo personale sono necessarie pruove estrinseche, 13 sett. 1845.

tamente quello di rimettere le cose in quello stato in cui sarebbero, se il contratto non esistesse; il qual mezzo perchè impossibile rispetto a un terzo, e facile rispetto alla parte con cui io contraggo, è stato dalla legge ordinato per quest'ultimo.

Ecco perchè il dolo che mi ha determinato a contrarre, non produce mai lo annullamento del contratto se non quando viene da colui che con me contraeva. Ecco come esso anzichè viziare il mio consenso e la convenzione che si forma, mi permette soltanto di chiedere un ristoro da chi mi ha ingannato. Ecco perchè la nullità che indirettamente trae, invece di esser posta nello editto del Pretore assolutamente e contro tutti, *generaliter*, *in rem*, come nel caso della violenza, era soltanto prescritta contro il colpevole del dolo, *specialiter*, *in personam*. Ecco perchè infine abbiamo detto più volte che il dolo non costituisce realmente un vizio del consenso, e che i suoi effetti meglio che nella nostra sezione saranno collocati nel seguente titolo.

II. — 419. Tal differenza fra il dolo e l'errore o la violenza, mena una importante conseguenza nei contratti traslativi della proprietà dei beni immobili. Infatti colui che acquista uno immobile per un contratto viziato da violenza o da errore, avendo una proprietà assolutamente rivocabile, non può trasmetterla se non che collo stesso vizio, dimodochè i suoi sotto-acquirenti potrebbero soffrire l'azione di nullità al pari di lui (art. 2125, 2182 (2011, 2076)).

Al contrario, l'autore del dolo che divien proprietario dell'immobile, è tenuto a restituirlo per effetto della sua *obbligazione personale* di ristorare il danno recato; i suoi sotto-acquirenti, non succedendo alle sue personali obbligazioni, non sarebbero tenuti a restituire, nè soggetti alla azione di rescissione.

Indarno si direbbe, come fa Duranton, (X-181), che sia di arbitrio non riconoscere il dolo come vero vizio del consenso, mentre l'art. 1119 (1073) gli dà formalmente tal carattere. Non è arbitraria una teoria fondata sulle regole del Codice; l'argomento *di parole* cavato contro di noi dall'art. 1119 (1073) vien meno avanti l'argomento *di cose* del nostro articolo 1116 (1070), secondo il quale non si può ammettere il dolo come un vizio reale del consenso e del contratto, essendo questo e quello perfetti in faccia al dolo che non deriva dalla parte contraente. Per ultimo si direbbe che la legge onnipotente a creare finzioni e principî, abbia fatto del dolo un vizio reale del consenso, se derivi dalla parte, quantunque non gli abbia dato tal carattere provenendo da un terzo? Allora non sarebbe assoluto il preteso dritto, ma puramente relativo e personale all'autore del dolo. Se è così, non potrà produrre un effetto assoluto, nè quindi potrà valere contro i terzi detentori. In breve, qualunque sia la teoria che si adotti sul dolo, dovremo sempre riconoscere che l'annullamento per tal causa, mira a riparare lo effetto del dolo contro l'autore, e non già contro l'innocente. Ora il sotto-acquirente di uno sleale contraente non è più di costui colpevole del dolo, siccome il contraente leale non è colpevole del dolo praticato dal terzo, e di cui egli incosciosamente ha profittato.

420. Abbiamo parlato dei soli immobili, perchè quanto ai mobili, il terzo acquirente di buona fede troverà sempre la sua garenzia nella disposizione pur troppo nota dell'art. 2279 (2185).

III.—421. Il presente articolo qui parla, come abbiam fatto pur noi, del dolo che ha determinato la parte ingannata a contrarre (dolo determinante, *dolus dans causam contractui*). Quanto al dolo senza di cui ugualmente avrei contratto, e che senza far nascere il contratto vi si è intromesso (dolo incidente, *dolus incidens in contractum*), non credasi che esso non dà luogo a ristoro, ma non farà mai che si annulli il contratto. Allorchè mi si dà ad intendere che una casa che d'altronde mi conveniva, e che in tutti i casi avrei acquistato, avesse alcuni vantaggi che mi han deciso a pagarla più che non avrei fatto, potrò pretendere un ristoro da colui che mi ha tratto in errore.

422. In tutti i casi di dolo, sia inci-

dente, sia determinante, la parte contraente, stata complice dei fraudolenti raggiri, deve riguardarsi siccome l'autore principale, e deve aversi per complice chi conoscendo quei raggiri ne ha slealmente profittato, invece di disingannare l'altra parte.

Nel secondo paragrafo del nostro articolo, il quale richiede che il dolo sia provato da colui che lo allega, è applicato un principio tanto evidente, che non facea d'uopo scriverlo.

1117 (1071). — La convenzione contratta per errore, violenza, o dolo, non è nulla *ipso jure*; ma essa dà luogo soltanto ad agire per la nullità o rescissione, nei casi e modi espressi nella sezione settima del capo quinto del presente titolo.

423. Vedemmo come il consenso non è distrutto nè dall'errore previsto dall'articolo 1110 (1064), nè dalla violenza, nè dal dolo. In questi varii casi il consenso esiste, ed il contratto si forma; ma si può far distruggere. L'art. 1304 (1258) ci dirà infatti che i contratti formati in tali circostanze possono farsi annullare nei dieci anni a contare dal giorno che è cessato il vizio.

Checchè dica Duranton (n. 139), è ben altrimenti, quando non vi è consenso. Se avessi creduto prendere in fitto la tal casa che voi immaginavato di vendermi, se io pensassi alla vostra casa di Parigi, nel mentre voi pensavate a quella di Versailles, se la mia mano è stata tratta dalla violenza, e non dalla mia volontà a porre la mia firma, se nel momento del preteso contratto io era in istato di pazzia, di delirio, di ebbrezza, di sonnambulismo, allora la convenzione non si è fatta, e perciò non può farsi annullare. Essa è radicalmente nulla, e dopo trenta e quaranta anni se ne potrebbe sempre far riconoscere la non esistenza.

§ 4. — *Della lesione.*

1118 (1072). — La lesione vizia la convenzione soltanto in alcuni determinati contratti, o riguardo a determinate persone, come verrà dichiarato nella medesima sezione.

424. La lesione, o per dir meglio il pregiudizio che soffre una parte, è qualche volta bastevole per annullarsi una convenzione. Così, quantunque questa parte non sia stata in errore, niun timore le sia stato ispirato, nè fallaci raggiri si sieno praticati, il torto cagionato dalla convenzione può per sè stesso diventare un principio di annullamento.

Nell' antico dritto la lesione era causa di annullamento, 1° in tutti i contratti, rispetto ai minori, e 2° rispetto ai maggiori, nelle divisioni per lesione di più di un quarto, e in tutti i contratti riguardanti immobili, per lesione di oltre una metà (Pothier, n. 33-40). Il dritto intermedio con legge del 9 fruttidoro anno III soppresse l'annullamento per lesione quanto ai maggiori. Il Codice civile usando un partito di mezzo tra questi due sistemi, ammette l'annullamento per lesione pei maggiori 1° nelle divisioni per lesione di più di un quarto (art. 887 e 1079 (807 e 1035)) 2° nelle *vendite* d'immobili (e non in tutti i contratti) e solo pel *venditore* che è stato leso di oltre a sette duodecimi (art. 1674, 1683 (1520, 1529)). Quanto ai minori, la lesione è sempre causa di rescissione per tutte le loro convenzioni (art. 1305 (1259)). Così *le determinate persone* per le quali la lesione vizia sempre le convenzioni, sono i minori; e *i taluni contratti* di cui parla l'articolo, sono le divisioni e le vendite d' immobili per il solo venditore.

L'articolo è inesatto nel dire che tutto

ciò sarà spiegato nella stessa sezione di cui parla il precedente articolo, cioè nella sez. VII del cap. V (art. 1304 a 1314 (1258 a 1268). Questa sezione infatti stabilisce soltanto la regola relativa ai minori (articolo 1305 (1259). L'art. 1313 (1267) che si occupa dei maggiori, è di rimando come il nostro e la regola trovasi espressa dagli art. 887 e 1674 (807 e 1520).

425. La lesione fa presumere uno stato di spogliamento o di necessità implacabile in colui che l'ha sofferta. Quando un condividente che avea dritto a 20,000 franchi, si è contentato d'una parte di meno di 15,000 franchi; quando uno ha venduto per meno di 5,000 franchi un immobile che ne valea 12,000, la legge suppone che essi abbiano così fatto, *o* per la miseria *o* per qualunque altra forza maggiore che ha tolto loro la libertà. È dunque un vero vizio di consenso che pregiudica realmente il contratto, così come lo errore e la violenza, e fa che si agisca tanto contro i sotto-acquirenti che contra colui con cui si è contratto. Ciò è provato dall'art. 1681, paragr. 2 (1527).

Questo vizio del consenso, perchè ammesso in certi casi e per eccezione, non è stato dalla legge indicato con gli altri tre nella regola generale dell'art. 1109 (1063).

§ 5. — *Osservazioni su i due casi in cui non si forma il contratto.*

426. Diamo a quest'ultimo paragrafo il titolo vago di *osservazioni* perchè, come si è detto nel principio della sezione, le disposizioni poste qui dai compilatori riferiscansi a due casi, di cui l'uno presenta la mancanza del *consenso*, l'altro la mancanza dell'*oggetto*, di modo che era impossibile riunirli con una rubrica comune alla materia del consenso. Proviamoci di far comprendere il come i compilatori sieno stati tratti a notare qui alcune regole inutilissime secondo noi, e che diventano pericolose per il modo oscuro che le fa supporre importanti.

Si sa non essere ammesso in principio dai Romani che i contratti e gli obblighi che ne derivano, si formino con la sola volontà delle parti. Il consenso era sempre necessario, ma di rado bastevole: il contratto formavasi, ora *consensu et* RE, ora *consensu et* LITTERIS, ed ora *consensu et* VERBIS; e solo in alcuni casi formavasi *solo consensu*. Più si sa che nei contratti *verbali* i quali facevansi mercè delle *stipulazioni*, l'obbligazione risultava da una solenne risposta del promettente, che non solo dovea esser formale e positiva, ma anche scrupolosamente, minuziosamente adattarsi alla solenne interrogazione dello stipulante; di modo che non trottavasi solo della volontà, quand'anche costante delle parti, ma pure delle *parole* dette e del modo con cui elle erano pronunziate. Ben si comprende come da un tal sistema dovessero derivare alcune regole che sarebbe iniquo ed assurdo il volere oggi applicare sotto una legislazione, che infrangendo qui come da per tutto gli avanzi del materialismo romano, stanzia in principio che i contratti formansi con la *sola volontà*, qualunque siasi il modo con che si manifesta.

Pothier che scrivea quando ancora la legislazione di Roma era in parte la legge viva di molte provincie francesi, ed esercitava pure grande autorità so quelle consuetudinarie, dovea naturalmente seguire sempre il dritto romano, richiamandone le regole principali se non altro per esaminare se ciascuna fosse pienamente applicabile, o se dovesse modificarsi pei costumi e la legislazione nazionale. Ed anche Pothier nel principio del suo trattato (numero 53 e seg.) si occupa di questo doppio principio stanziato dai giureconsulti romani: 1° che non si può stipulare per altri, e 2° che non si può per altri promettere. Ei crede con ragione applicabile la prima parte del principio; e accetta la seconda con una modificazione che in fine conduce a toglierla di mezzo. Gli sviluppi dati su questa materia formano un orticolo a parte con questa rubrica: *Di ciò che può essere l'oggetto dei contratti.* «Non

può esser l'oggetto di un contratto se non ciò, egli dice, che l'una delle parti stipula per se stessa, e del pari ciò che l'altra parte promette per se stessa ».

I nostri compilatori avvezzi a seguir passo passo Pothier non hanno omesso una materia da lui trattata sì a lungo. Dimenticando non esser obbligati come Pothier di richiamare i principî romani; non comprendendo che la prima parte del principio, non avea bisogno di essere espressa, o bastavano alcune parole nella materia *dell'oggetto dei contratti*, e che la seconda era distrutta dalla stessa dottrina da essi riprodotta, hanno dettato quattro articoli dei quali parleremo, riassumendo or bene or male le spiegazioni date dalla loro guida. Se non che hanno essi riunito alla materia del *consenso* (e noi vedremo il perchè nel n. 1 dello articolo 1120 (1024) quel che da Pothier ponevasi nell'*oggetto del contratto*.

Da una cieca pratica derivarono questi quattro articoli i quali han fatto nascere tante difficoltà, e dato tanta pena agli interpetri.

427. Gli scrittori infatti sono tanto discordi sul senso ed intendimento di queste disposizioni che non comprendonsi nè anco sul luogo che devesi logicamente loro assegnare. Duranton le riunisce, come il Codice, alla materia del *consenso*; Delvincourt e' Toullier le mettono come Pothier sotto la rubrica dell'*oggetto* dell' obbligazioni. Zachariae le pone tra gli *effetti* dei contratti. Noi crediamo che tutta questa materia, anche nella supposizione che abbia bisogno di essere espressa nella legge, dovrebbe ridursi ad alcune parole aggiunte alla sezione dell'*Oggetto dei contratti* (quanto alla regola che non si può *stipulare* per altri), e ad alcune altre parole aggiunte alla sezione dell'*Interpetrazione delle convenzioni* (art. 1136 e seguenti (1109) e seg.) (quanto all'altra regola che non può promettersi per altri).

Tutto il fin qui detto non può comprendersi senza la spiegazione degli articoli stessi.

1119 (1073). — Nessuno, in generale, può obbligarsi o stipulare in suo proprio nome che per sè medesimo.

428. Questo articolo stabilisce un doppio principio al quale fanno eccezione i tre seguenti articoli. Questo principio, o questi due principî consistono nel dire che quando si agisce non come rappresentante di altri, ma per proprio interesse, non si può in generale, salvo i casi di eccezione, 1° impegnarsi per altri, 2° stipulare per altri. Le quali due regole sono indicate da Pothier secondo il dritto romano, salvo che il Codice ne invertisce l'ordine, mettendo prima quella che Pothier mette seconda, e viceversa.

Ed in pria a seguir l'ordine del Codice non si può *impegnarsi per altri*, cioè: non si può col nome proprio formare una obbligazione il cui oggetto dovrebbe essere fornito da un terzo, *si quis alium daturum facturumve quid promiserit*, non *obligatur* (*Instit. de inut. stip.*, par. 3); DE SE *quemque promittere oportet* (*D. de verb. oblig.*, 83). Così promettendovi io in mio nome, *de me*, che Paolo vi venderà la sua casa, che Giacomo non pianterà alberi sul suo terreno rimpetto il vostro castello, ecc. il primo principio del nostro articolo si opporrebbe alla formazione della mia obbligazione, se non fosse modificato (o piuttosto distrutto) dall'eccezione del seguente.

Spiegandosi questa eccezione il principio sarà compreso.

429. È più facile capire subito il secondo principio il quale dichiara non potersi in suo nome, *de se tantum stipulare*, per altri.

Quando io stipulo per voi cioè: facendovi promettere di fabbricare una casa per Pietro, di dare a Paolo un cavallo, ec. non vi è contratto. Infatti, non ho alcuno interesse perchè procuraste la tale o tal cosa ad un terzo; or l'interesse essendo la base delle azioni, io non potrei costringervi allo adempimento; se dunque non ho alcun mezzo di costringervi, voi non

siete legato; non vi è *vinculum*, non obbligazione. Gli è dunque vero, salvo le eccezioni, che stipulando io per altri non si formi un contratto, perchè manca l'oggetto che mi presenti l'utilità come pure se mi avreste promesso un *animale*, del *grano*, o altro oggetto talmente indeterminato che io non avrei alcun mezzo di costringervi a darmi una cosa che mi sia utile. In ambi i casi, per cause diverse manca la condizione richiesta dall'ultimo paragrafo dell'articolo 1109 (1063) della sezione III, art. 1126-1130 (1080-1084).

1120 (1074). — Ciò non ostante può alcuno obbligarsi verso un altro, promettendo il fatto d'una terza persona; salvo, contro il promettente, il regresso a quello a favor di cui si è obbligato, nel caso che la detta terza persona ricusi di prestarsi all'esecuzione dell'obbligazione.

SOMMARIO

I. Può alcuno obbligarsi per ciò solo che promette con intenzione di obbligarsi, di modo che l'eccezione del nostro articolo riduce il primo principio del precedente ad una proposizione insignificante. Censura della dottrina degli scrittori.

II. Colui che si è obbligato è tenuto ai danni ed interessi per non avere il terzo adempito ovvero ratificato?

I. — 430. Stabilito il primo principio che io non mi obbligo promettendo in mio nome il fatto di un terzo (e il *fatto* si prende qui *lato sensu* per significare tanto una dazione, un astenersi, un prestare, come un fatto propriamente detto), la legge dichiara esservi eccezione a tal regola allorchè promettendo il fatto di un terzo io mi obbligo per lui.

Ma questa eccezione così evidente non distrugge forse la regola, o se non altro non la riduce ad una insignificante proposizione? Fermamente noi lo crediamo, e quantunque gli scrittori che han trattato la materia (1) sforzansi di trovarvi un positivo senso, noi di leggieri conchiudiamo che essa non ne ha.

La espressione vaga ed un pò barbara *se porter fort* per un terzo, *se faire fort* di un terzo, deve in sulle prime essere ben compresa. Or tutti convengono che *porter fort* vale promettere sulla propria responsabilità, che il terzo farà ciò di cui si tratta; garentire che il terzo il quale solo può procurare l'oggetto promesso, eseguirà egli stesso l'obbligazione, o almeno la contrarrà in persona.

Nella stipulazione romana quando non eravi altra obbligazione di quella positivamente espressa nelle parole formalmente pronunciate, il promettente, qualunque fosse stata la sua idea, non avea validamente promesso, nè si era obbligato, se non quando aveva espressamente detto, ch'egli *farebbe adempiere al terzo* la cosa promessa: *quod si* EFFECTURUM SE *ut Titius dare* SPOPONDERIT *obligatur*. Ma oggi che il contratto si forma non più *verbis*, ma *consensu*, colla sola volontà manifestata in qualunque modo, il promettente si sarà obbligato qualora avrà manifestata l'idea di obbligarsi a far procurare la cosa o il fatto dal terzo. — Ciò posto, vi ha certamente obbligazione per ciò solo che si promette il fatto del terzo colla intenzione di obbligarsi, e non vi sarà obbligazione quando si sarà fatta come semplice notizia, o come offerta di atti di convenienza una di quelle promesse date senza l'idea di legarsi.

Così dicendo « vi prometto che Pietro vi venderà la casa »; delle due cose l'una: 1°. o ho voluto soltanto rassicurarvi con questa semplice notizia, « io credo Pie-

(1) Toullier (VI-135); Delvincourt, Duranton (X-209); Zachariae (II, p. 478).

tro vi venderà » ovvero promettervi un servizio da amico « *io farò quanto è in me, acciocchè Pietro ve la venda, e spero riuscirvi* » ma senza voler contrarre, obbligarmi; 2°. o ho voluto contrarre con voi, ed impegnarmi in un' obbligazione, e allora le mie parole non possono avere altro senso che questo: *io mi rendo garante che Pietro vi venderà*; io mi obbligo a far che la vendita abbia effetto ». Or gli è questo l'obbligarsi (*se porter fort*), essendo chiaro che la frase significa, « *io mi obbligo* A FARE *che Pietro vi venderà.*» Tutto dunque si restringe a ciò: o il promettente ha voluto obbligarsi, e perciò ha promesso, in guisa che l'obbligazione è valida secondo il nostro articolo; ovvero non ha voluto obbligarsi, e allora non vi è contratto, non essendovi lo accordo delle volontà.

431. Ed è tanto vero che non si è forzatamente obbligato quando si è promesso senza volersi obbligare, che Toullier (n. 135 in fine) tuttochè voglia provare il contrario, finisce così: « promettere semplicemente che un terzo farà, e obbligarsi (*se porter fort*) o garentire che egli farà, son due cose diverse. *Nel primo caso* NON SI VUOLE OBBLIGARE LA PROPRIA PERSONA (1)!» Ciò è evidente, avvegnachè tal caso è stato riguardato dai compilatori, come una mancanza di consenso, per cui ne trattano nella materia del *Consenso*, nel mentre Pothier ne aveva discorso nella materia dell'*oggetto* dei contratti. Da ultimo (concorrendo in ciò tutti gli elementi) i compilatori hanno inteso che promettere il fatto di un terzo (coll' intenzione d' obbligarsi) ovvero *se porter fort* del terzo, sono tutt'uno, tanto che nella esposizione dei motivi Bigot dice, che l'azione di ristoro per essersi negata dal terzo la ratifica, spetta *a colui al quale si è promesso* il fatto del terzo contro la persona che ha *dato la promessa* (Fenet, III, pag. 224).

Dunque la prima parte dell'artic. 1119 (1073), questo principio così importante in apparenza che nissuno può impegnarsi per altri, tranne che non prometta, *se porte fort*, significa non potersi formare un contratto *senza* la *volontà*, e che non v'è obbligazione convenzionale, *non essendovi intenzione di obbligarsi*. Non valeva in vero la pena di dirlo.

432. Spetta del resto ai tribunali decidere in fatto e secondo le circostanze, se chi ha promesso abbia voluto o pur nò obbligarsi. Si dovrà certamente decidere del sì, quando la promessa, per quanto vaga possa sembrare, sia in un atto di buona forma; l'aver firmato un atto per raccertare la mia promessa dimostra di essermi voluto obbligare; avvegnachè non si fanno atti per dare una semplice notizia o promettere un semplice servizio d'amico. La volontà d'obbligarsi sarebbe pur manifesta, se il promettente si fosse sottoposto ad una clausola penale, cioè a pagar danni ed interessi.

II.— 433. Provatosi chè io ho voluto obbligarmi, delle due cose l'una: o il terzo per cui mi sono obbligato si ricuserà a contrarre, e allora non essendosi adempita la mia obbligazione, io sarei tenuto ai danni ed interessi pel danno recato all' altra parte (*Cassaz.*, 1 maggio 1815); ovvero il terzo ratificherà l' impegno, e quindi io sarò pienamente sdebitato, quantunque poi egli si negasse ad adempierlo. Nel quale ultimo caso da lui soltanto può il creditore domandare i danni ed interessi, essendo egli manchevole alla sua promessa; la mia si è già adempita.

Non sarebbe così, se io avessi non solo promesso lo impegno d' un terzo; ma garentita anche la esecuzione della sua obbligazione. I danni ed interessi allora potrebbero domandarsi tanto al terzo che a me ove non si fosse adempito.

(1) Fa meraviglia che il dotto annotatore di Toullier non abbia, anzi approvi col suo silenzio le frasi senza senso con cui quegli nei paragrafi 3° 4° e 5° del n. 135 vuole spiegare come si può promettere *per un contratto* che un terzo farà o darà senza pur obbligarsi (*se porter fort*). Al contrario fare di una tal promessa l'oggetto di un contratto porta certamente *obbligarsi*, e quindi *se porter fort*.

1121 (1075).—Si può egualmente stipulare a vantaggio d'un terzo, quando tale sia la condizione contenuta in una stipulazione, che si fa per sè stesso, ed in una donazione che si fa ad altri. Colui che ha fatta questa stipulazione, non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare.

SOMMARIO

I. La promessa in vantaggio di un terzo non può essere oggetto d'un contratto, nè una condizione o un carico.

II. A che si riduce il secondo principio dell'articolo 1119 (1073). *Altra eccezione a tal principio.*

III. La stipulazione in vantaggio del terzo è una offerta di donazione; conseguenze. Ma è dispensata dalla forma notorile.

I.—434. Quest'articolo deroga al secondo principio dell'art. **1119** (1073) come l'articolo **1120** (1074) al primo; la parola *egualmente* si rapporta alla parola *ciò non ostante* del testo che precede, e significa che *anche per eccezione* si può stipulare nel proprio nome per un terzo nei casi qui indicati.

Pothier avendo detto che quel che non riguarda il personale interesse del creditore, non può essere l'*oggetto* del contratto, aggiungeva con ragione « ma ciò può essere in *conditione aut in modo* » La cosa o il fatto che debbono essere utili ad un terzo, non possono costituire l'*oggetto* di una convenzione tra voi e me, dappoichè la obbligazione non sorge, essendo l'oggetto inutile al creditore; ma ciò non toglie che sieno una *condizione* o un *carico* della nostra convenzione, sia a titolo oneroso o gratuito. Tale è anche la regola stabilita dalla prima frase del nostro articolo, in cui le due parole *condizione* e *stipulazione* son prese nel loro senso generico; la qual regola è che io posso stipulare in vantaggio di un terzo quando la mia stipulazione è una condizione o un carico (*conditio aut modus*) del contratto o della donazione.

Allorquando vi vendo per 80,000 franchi, ovvero vi dono la mia casa a condizione, cioè con l'obbligo che paghiate a Paolo 10,000 franchi all'anno fino alla sua morte, sarà valida cotale stipulazione in vantaggio di Paolo. E invero la convenzione qui non è nulla per mancanza dell'oggetto utile, e voi siete realmente legato dalla promessa fatta in vantaggio di Paolo, avvegnachè se voi non l'attenete, potrò costringervi a risolvere la donazione o la vendita (art. 953, 1654 (878, 1500)). — Similmente, allorquando vi dichiaro di donarvi la mia casa, o di vendervi la tal cosa, o di obbligarmi a procacciarvi la tale utilità, se prestate o donate quel cavallo a Paolo, questa stipulazione in vantaggio di Paolo vi legherà con me da che non potete non eseguirla che facendo venir meno la condizione da cui dipende la esistenza del nostro contratto.

II.—435. Questa regola del nostro articolo poteva non essere espressa come eccezione al secondo principio dell'articolo **1119** (1073), se quest'ultimo si fosse stabilito nei seguenti termini: « La stipulazione in vantaggio di un terzo non può avere effetto quando la cosa promessa formi l'oggetto del contratto » ovvero se, e sarebbe stato anche meglio, si fosse nell'articolo **1129** (1083) manifestato solo essere *oggetto valido* di una obbligazione quello il *quale offre allo stipulante una utilità per cui potrà costringere chi la promette.*

Da ciò siam tratti a notare un'altra eccezione all'ultimo principio dell'art. **1119** (1073) ; ed è che la mia stipulazione in vantaggio d'un terzo è valida, sebbene sia l'*oggetto* del mio contratto, se vi ho apposto una clausola penale. Così voi vi obbligate per me a fare questa o quella cosa per Pietro, con la condizione che non facendola voi pagherete 1,500 franchi per danni-interessi. In tal caso è mio interesse che voi facciate la cosa. Che monta

che l'interesse non sia apparente per sè, nè valutabile da tutti dacchè il contratto stesso lo valuta? Potrò ben costringervi allo adempimento; e dove vi negliate, farmi autorizzare dal magistrato a fare eseguire la cosa, se si può, da altri a vostre spese; o infine a farvi condannare al pagamento dei danni-interessi stabiliti.

Nè dovrebbe trarsi argomento contro questa sentenza dal testo dell'articolo 1227 (1190) che dichiara nulla qualunque clausola penale stipulata per garentire una obbligazione nulla. Imperocchè la clausola penale che qui mira a stimare e raccertare l'interesse senza di chè l'obbligazione sarebbe stata nulla, toglie la obbligazione principale dalla regola dell'art. 1127 (1081) che comprende solo le obbligazioni che rimangono nulle anche colla clausola penale.

III. — 436. La seconda frase del nostro articolo dichiara che colui che ha fatto una stipulazione di cui non dee profittare personalmente (ma che è pur valida perchè invece di esser l'oggetto del contratto, ne è una condizione o un carico), non può più rivocarla, quando dal terzo in di cui vantaggio è fatta sia stata accettata.

Cotesta stipulazione è realmente nei rapporti dello stipulante col terzo una donazione, che non può essere perfetta che col concorso delle volontà del donante e del donatario. Finchè il donatario non accetta, evvi solo una offerta di chi stipula, una pollicitazione che si può sempre rivocare. E da ciò sorge la conseguenza evidente, non riconosciuta da Duranton (X, 248), che se la morte o dello stipulante o del terzo avvenisse pria dell'accettazione, non potendo più concorrere le due volontà, il terzo o i suoi eredi non potrebbero vantaggiarsi dell'offerta: la donazione non si sarebbe compita. Nè varrebbo qui la contraria dottrina di antichi giureconsulti su cui si fonda Duranton, avvegnachè quelli insegnassero che la stipulazione non poteva esser mai revocata dal solo stipulante: idea che il Codice ha espressamente rigettata (Pothier, n. 73).

Se poi la liberalità fosse offerta ai terzi, non solo dallo stipulante ma da tutte e due le parti (il che si proverebbe o coi termini dell'atto o colle circostanze), e quindi il promettente si fosse impegnato nell'intendimento di gratificare il terzo, la revoca allora non potrebbe più farsi dal solo stipulante, ma invece col comune accordo delle due parti.

437. Del resto, sebbene la stipulazione di cui è discorso sia una liberalità la quale viene accessoria ad un altro contratto, è giusto non sottoporla a forme altre che quelle richieste per il contratto da cui dipende. Se dunque la convenzione di cui è una condizione, non è una donazione, sarà valida senza bisogno di atto notarile (art. 1973 (1845)). E dacchè la donazione fatta in tali circostanze è *per se stessa* dispensata dalla forma notarile, di cui alle volte deve solo rivestirsi per *accidens* e perchè trovasi in un'altra donazione; quindi l'accettazione voluta del donatario non sarà mai soggetta alle forme rigorose dell'articolo 932 (856); e quand'anche la stipulazione fosse una donazione fra vivi, l'accettazione potrebbe farsi con iscrittura privata od anche risultare dalle circostanze.—Gli scrittori e la giurisprudenza sono in ciò d'accordo (1).

1122 (1076).—Si presume che ciascuno abbia stipulato per sè, e per i suoi eredi ed aventi-causa, quando non siasi espressamente convenuto il contrario, o ciò non risulti dalla natura della convenzione.

(1) Grenier (n. 74); Duranton (VIII-417); Coin-Delisle (art. 932, n. 24); Zachariae (II, p. 470); Lione, 11 giugno 1817; Rig., 5 novembre 1818.

SOMMARIO

I. Sviluppi sopra l'articolo. · *II. Osservazioni generali sui quattro art.* 1119-1122 (1073-1076).

I.— 438. Cotesta disposizione fu scritta come ultima eccezione ai due principii dell'art. 1119 (1073), dico ai due principii, perchè *stipulare* si prende qui nel senso generale, e come sinonimo di *contrarre*. L'art. 1119 (1073) aveva detto non potersi contrarre per altri; il nostro eccettua da quella regola i nostri eredi e tutti i nostri aventi-causa, e non solo si può per essi contrarre, ma almeno in generale si presume sempre che siesi fatto.

Questa pretesa eccezione non doveva per fermo essere espressa. I nostri eredi, propriamente, o impropriamente detti, e al pari di essi i nostri legatari o donatari universali succedono a tutti insieme i nostri dritti attivi e passivi (art. 724, 1013, 1010, ecc. (645, 967, 964, ecc.)). Gli altri nostri aventi-causa, val dire quelli a cui abbiam trasferito tali o tali altri dritti speciali, son pure rispetto a questi i nostri successori. Or da che tutti costoro succedono a noi, e stanno in nostro luogo e vece, non era utile, anzi è inesatto il dire che si deroghi per loro all'art. 1119 (1073). Imperocchè questo articolo significa non potere noi applicare *immediatamente* l'effetto dei nostri contratti alle terze persone non applicandosi prima su noi, laddove qui applichiamo cotesto effetto a noi stessi per riferirlo poi sopra gli altri che ci succedono. Insomma il nostro articolo ci vuol dire che noi *possiamo trasmettere* i dritti che le nostre convenzioni ingenerano in favore, o contro di noi; e per questo non ci voleva certo un testo di legge (1).

Non fa di mestiere (perchè un dritto si consideri come trasmesso da me ai miei successori, e la mia stipulazione sortisca il suo effetto per essi) che il dritto abbia avuto la sua esistenza completa, perfetta per me, bastando che sia esistito in germe, in prò, o contro di me. — Allorquando la mia casa che vale 10,000 franchi ve la dò per 20,000 se io perda quella lite, e per nulla se la guadagni, io da oggi innanzi ho contro di voi un credito convenzionale, una speranza che posso donare, vendere o altrimenti cedere a chi mi piacerà: e perduta la causa, quello a cui ho ceduto e che è divenuto mio avente-causa, sarà vostro creditore perfetto di 20,000 franchi sebbene io non lo sia stato mai. Se poi invece di versare la condizione sull'evento di una lite, è convenuto per esempio che voi pagherete 20.000 fr. la cosa se io muoja innanzi a voi, e nulla nel caso contrario, se avviene la mia premorienza, voi sarete debitore puro e semplice dei 20,000 fr. verso i miei eredi, sebbene non lo siete stato mai verso di me. In ambi i casi, il dritto si è sviluppato nei miei successori, dal germe che già esisteva per me, *e che* io ho loro trasmesso.

439. Neanco è necessario, che nel formare il contratto che deve produrre il suo effetto per me e i miei eredi, od anco pei miei eredi soltanto, io chiami questi colla loro qualità; bastando che fosse chiaro il mio pensiero. Allorquando convengo con voi, che l'ultima porzione della somma dovutami, si dovrà riscuotere *da mio figlio* dopo cinque anni dalla mia morte, ho nominato mio figlio come mio futuro erede; e dove per la premorienza, la ri-

(1) I nostri aventi-causa *lato sensu* son tutti quelli che stanno in nostro luogo, invece nostra, o per tutti i nostri dritti in generale, o per questo, e quel dritto speciale, *omnes causam nostram habentes*; cotalchè i nostri eredi sono certamente nostri aventi-causa. Ma a questi ultimi non si dà di ordinario il nome di aventi-causa che più specialmente è riserbato agli altri successori (legatari, donatari, compratori, ecc.). Così il nostro, come gli art. 1319, 1322 (1273, 1276) ed altri, appone gli *eredi* ai semplici *aventi-causa*.

nunzia, o la indegnità di lui, io avessi per erede un nipote od un cugino, questi o quello sarebbe il creditore, e potrebbe farsi pagare dopo i cinque anni della mia morte, siccome avrebbe fatto mio figlio. Così viceversa, se io fossi il vostro debitore, e stipulassi che il mio debito vi sarà pagato *da mio figlio* cinque anni dopo la mia morte. Così ancora, se invece di indicare il mio futuro erede colla sua qualità, lo avessi soltanto nominato. Quando noi conveniamo, che alla mia morte il prezzo della vendita a voi fatta lo pagherete *a Paolo* (mio più prossimo erede presuntivo) si comprenderà aver voluto dire *al mio erede*, e se non Paolo raccogliesse la mia successione, voi dovrete sempre pagare al mio qualsiesi erede. Ma se dalle circostanze emergesse che si è voluto restringere lo effetto del contratto alla persona dello erede nominato, e che la stipulazione e la promessa si applicherebbe all'erede figlio, o allo erede Paolo, seguirebbesi cotale intenzione; e se io avessi per erede altri che non mio figlio, o altri che Paolo, il contratto non avrebbe effetto, sendone venuta meno la condizione. — Se infine stipulando per un terzo indicato, avessi avuto assolutamente riguardo alla sua persona, fatta anche astrazione dalla qualità di erede (ad esempio, se avendo figli, ho stipulato per Paolo mio nipote), in questo caso sarebbe nulla la stipulazione che non è fatta pel mio erede, ma per un estraneo, quand'anche questi per avvenimenti da me non previsti, divenisse poi mio erede.

Tutte queste sono quistioni di fatto, e di interpretazione d'intenzione, che i tribunali decideranno secondo le circostanze. — Non fa quindi meraviglia che i giureconsulti romani abbiano in vario modo deciso tal punto (Paolo, 17, § 4, *dig.*, *de pact.*, *Cef.*, 33, *ibid.*); e Pothier ebbe torto a dire assolutamente (num. 62) che « Se noi stipuliamo per un tale, quand'anche questi appresso divenga nostro erede, la stipulazione non sarebbe perciò valida ». Ciò sarebbe alle volte vero, ma per lo più è falso.

440. Si è fatta quistione se si può fare una stipulazione, od una promessa efficace per uno o più eredi, anzichè per tutti. Non dubitiamo di rispondere di no per tutti i casi in cui la quistione può farsi, perchè vi sarà sempre una liberalità che potrebbe avere effetto non mai come contratto ordinario, ma secondo le forme speciali della donazione o del testamento. Vediamo prima il caso della stipulazione. Vi vendo la mia casa per 20,000 fr., di cui finchè io viva mi pagherete gl'interessi e poi pagherete la somma capitale alla mia morte a Pietro primo-genito dei due figli.

In questo caso dando a Pietro 10,000 fr. che tolgo a Paolo mio secondo-genito, fo a quello una liberalità di 10,000 che non potrebbe avere effetto che con un testamento, o una donazione notarile in cui egli accetterebbe espressamente il credito. E se pure io convenissi con voi, che pagatomi l'interesse dei 20,000 fr. voi sarete sdebitato, pagando a Paolo 10,000 fr. (invece di 20,000), avrei sempre fatto a costui la liberalità di 5,000 franchi tolti a Pietro perchè il prezzo reale della vendita è una vendita vitalizia, più 10,000 fr. da pagarsi alla mia morte. Supponiamo ora una promessa. Si conviene che i 20,000 fr. da me dovuti, ve li pagherà alla mia morte Paolo; ma il mio debito di 20,000 fr. di pieno dritto si divide alla mia morte, o per uguali porzioni fra i miei due figli; quindi facendo pagare l'intero da Paolo, Pietro ha il vantaggio di una metà, avendo 10,000 franchi più del fratello nella divisione dei beni. Or essendo questa una distribuzione dei beni che io lascerò alla morte, la disposizione non potrebbe farsi che con un testamento, o con una donazione di beni futuri (articolo 1082 (1031)). Se voi riscuotendo da me finchè io viva l'interesse dei 20,000 franchi, vi contentiate di un capitale di 10,000 fr. dopo la mia morte, nel vostro contratto non potrei mettere a carico di Paolo tutti i 10,000 perchè vantaggerei Pietro di 5,000 nella divisione del patrimonio che io lascerei alla morte.

In tutti i casi adunque, il figlio in di cui danno la liberalità sia fatta, potrebbe

alla mia morte fare annullare la clausola che gli reca nocumento.

441. Nissun dubbio per l'ultima parte del nostro articolo, in cui si dichiara che i dritti attivi o passivi risultanti dalle nostre convenzioni, possono non essere più trasmissibili ai nostri eredi o aventi-causa, 1° per l'espressa volontà delle parti, 2° per l'indole medesima del contratto.— Ad esempio del secondo caso si possono allegare, la convenzione che crea un usufrutto (art. 617 (542)), o un dritto di uso (art. 631 (556)), il contratto di locazione di opera (art. 1795 (1641)), la comunione dei conjugi (art. 1441 (1405 M)), la società (art. 1865 (1737 M)), il mandato (articolo 2003 (1875)), ecc. Si osservi che il dritto può essere assolutamente non trasmissibile come l'uso (che non può esser mai esercitato che dalla persona stessa a cui appartiene secondo l'art. 631 (556 M), ovvero relativamente agli eredi, come la rendita vitalizia e l' usufrutto (quali possono essere alienati dal titolare in vantaggio di terze persone). Oltre a ciò si noti che bisogna interrogare qualche volta le circostanze a fine di conoscere se la natura del contratto permetta o no la trasmissione dei diritti; di che abbiamo un esempio per il commodato nell'art. 1789 (1655).

Per quel che riguarda il caso in cui le parti han dovuto esprimere formalmente che il dritto non sarebbe trasmessibile, o assolutamente, o per una tal classe di successori, si seguirà sempre l'intenzione delle parti che fu la legge del contratto.

II.— 442. Sviluppati i nostri quattro articoli 1119-1122 (1073-1076) si comprende di leggieri, perchè si è detto, cioè, che le loro disposizioni non erano necessarie nel Codice, o tutto al più avrebbero dovuto ridursi a talune parole poste in parte nella sezione dell'*Oggetto* dei contratti, in parte nella sezione dell'*Interpretazione* delle convenzioni.

Quanto ai due principî stabiliti dall'articolo 1119 (1073), e a ciascun dei quali i due seguenti articoli fanno eccezione, essi semplicemente significano, 1° che colui che promette il fatto, o la cosa d' un terzo senza l'intenzione di obbligarsi, non contrae obbligazione alcuna, e al contrario colui che li promette obbligandosi, si rende mallevadore ed è tenuto ai danni ed interessi, non adempiendo la sua promessa (art. 1119, 1120 (1073, 1074)); 2° che colui che sceglie ad oggetto della sua stipulazione una cosa, o un fatto che han solo interesse per un terzo, fa un atto di niuna importanza (articolo 1119-1121 (1073-1075)).

Supponendo inutile la spiegazione di regole così elementari, sarebbe stato più logico sopprimer questi quattro articoli, dicendo nella sezione *dell' oggetto* dei contratti esser solo obbligazione valida, quella il cui oggetto dà al creditore un' utilità che potrà costringere il promettente a dargli (art. 1128 (1082)); e poi nella materia dell'*interpretazione*, non esservi obbligazione, ove dalle circostanze si provi che una persona abbia promesso senza intenzione di legarsi.

443. Osserviamo che non bisogna confondersi le stipulazioni o le promesse che uno fa, 1° *nel proprio nome*, e 2° *per altri*, con quelle che potrebbe fare nel caso di mandato, o di gestione di affari. Vendendovi il mio amministratore il taglio del mio bosco, egli promette per *altri* per me ; ma egli non promette nel *proprio suo nome*, bensì in nome di altri in mio nome; egli è mio mandatario, mio rappresentante, mio strumento, e son io stesso che prometto per mezzo suo; e stipulando il prezzo della vendita, lo fa per me, ed in nome mio. Ed allorquando lo individuo non ha mandato, se ha promesso, e stipulato pei miei interessi (se egli è un amico, un vicino, incaricatosi spontaneamente dell' amministrazione totale o parziale dei miei beni che per la lunga mia assenza andavano in pericolo) anche qui non si è stipulato, o promesso per me che in mio nome, e non è più il caso dei nostri articoli (v. art. 1372 e seg., 1994 e seg. (1326, 1866)).

Basti qui questa osservazione che sarà espressamente compresa allorquando si svolgeranno le materie della gestione degli affari, e del mandato.

SEZIONE II.

DELLA CAPACITÀ DEI CONTRAENTI

1123 (1077). — Qualunque persona può contrattare, se non è dichiarato incapace dalla legge.

1124 (1078). — Incapaci a contrattare nei casi espressi dalla legge sono:

I minori;
Gl'interdetti;
Le donne maritate;
E generalmente, tutti quelli cui la legge proibisce certi determinati contratti.

444. Stabilito in principio che la capacità di contrarre appartiene per comune dritto a tutti quelli non dichiarati incapaci per testo formale, il Codice indica quattro classi di incapaci di cui tre ci sono già note: 1°. i minori che si suddividono in minori ordinari e in minori emancipati (art. 476 e seguenti (399 e seguenti)). 2° gli interdetti, ossia le persone giudiziariamente interdette (art. 489 e seguenti (412)), o legalmente (articolo 29 C. pen.); e quei che sono colpiti solo di una mezza interdizione, cioè che hanno un consulente giudiziario (art. 499, 513 (422, 436)); indi 3° le donne maritate (articolo 217 e seg. (206 M e seg.)).

Le regole riguardanti queste tre classi d'incapaci, sono state sufficientemente spiegate nel primo libro, d'onde risulta che le parole *nei casi espressi della legge*, applicate dai compilatori soltanto alle donne maritate, si applicano ugualmente con una distinzione alle due prime classi. Infatti, se i minori ordinari e gli interdetti propriamente detti sono assolutamente incapaci, gli emancipati e gl'individui provveduti solo d'un consulente hanno una incapacità relativa. La donna maritata che è pubblica mercantessa, può contrarre per ciò che concerne il suo traffico, e per l'amministrazione delle sue sostanze, se separata di beni (art. 217, n. III (206 M)).

La quarta classe di incapaci abbraccia gl'individui perfettamente capaci in principio, i quali da speciali testi sono interdetti a far taluni contratti a causa di particolari circostanze. Perciò il tutore non può comprare nè prendere in fitto i beni del suo pupillo (art. 450, par. 3 (373)), e tra conjugi è vietato il contratto di vendita (articolo 1485 (T) ; vedi pure articolo 1596, 1597, 1840, ec. (1441, 1442, 1712)).

445. Quantunque il testo del Codice pareggia i minori agli interdetti e alle donne maritate e li pone primi tra gli *incapaci di contrarre*; quantunque pur noi seguendo il modo comune comprendiamo sempre i minori nella denominazione di *incapaci*, nompertanto la loro incapacità differisce moltissimo da quella degl'interdetti e delle donne maritate, e non è affatto una incapacità di contrarre.

Che cosa è infatti l' incapacità di contrarre? è lo stato di colui dichiarato dalla legge inabile ad impegnarsi validamente, e che può quindi per tale sua qualità rompere una convenzione da lui contratta. Ora è tale la condizione della donna maritata e dell'interdetto, ma non quella del minore, anche non emancipato. Quando l'interdetto ha fatto una convenzione che dovea fare il suo tutore, potrà entro i dieci anni che corrono dal giorno in cui è cessata l'interdizione, fare annullare l'atto, provando semplicemente che egli era allora interdetto. E del pari, la donna maritata che ha contratto senza l'autorizzazione del marito potrà entro dieci anni dallo scioglimento del matrimonio, far annullare il contratto, provando soltanto la sua qualità di donna maritata nel momento della convenzione (art. 1304 (1258)). Non è così pel minore anche emancipato; e ve-

dremo nell' art. 1305 (1259) come l'atto fatto da lui solo non potrebbe affatto impugnarsi per la sua minore età, se non quando ei provasse la lesione sofferta.

Il minore adunque non inabile ad impegnarsi *nè incapace a contrarre*, può semplicemente *essere restituito per lesione*; eccettone questo, e finchè si allegherà solo la qualità di minore, l' obbligazione resterebbe valida, nel mentre sarebbe nulla per la qualità della donna maritata o dell'interdetto.

Perlochè è strano che il Codice e con esso tutti i giureconsulti chiamino sempre il minore *incapace a contrarre*; il qual modo si è fatto tanto familiare che è vano sperare di non più ndirlo; ma è una locazione inesattissima. Per voler seguire da presso tal linguaggio, si può dire che il minore è *incapace di ledersi col suo contratto*.

1125 (1079). Il minore, l'interdetto e la donna maritata non possono impugnare, per causa d'incapacità, le loro obbligazioni, che nei casi preveduti dalla legge.

Le persone capaci d'obbligarsi non possono opporre l'incapacità del minore, dell' interdetto o della donna maritata, con cui esse hanno contrattato.

446. L' incapacità degl'interdetti, delle donne maritate, come anche la lesione che un minore ha potuto suffrire per effetto del suo contratto, non rendono nullo l'atto, ma solo annullabile; quindi l' annullamento può soltanto chiedersi nei termini, e con le restrizioni imposte all' azione (artic. 1304, 1308, 1311, 1338, (1258, 1262, 1265, 1292)). Tal regola eraci già nota, come pur l'altra che dichiara potersi solo chiedere l'annullamento dalla parte incapace, e non da colui con cui ella ha contratto.

SEZIONE III.

DELL'OGGETTO E DELLA MATERIA DEI CONTRATTI

1126 (1080).—Qualunque contratto ha per oggetto una cosa che uno dei contraenti si obbliga di dare, ovvero si obbliga di fare o non fare.

447. La proposizione applicata dal nostro articolo al contratto, sarà molto più esatta applicandosi all'obbligazione che ne deriva. L'obbligazione infatti ha sempre e necessariamente per oggetto *qualche cosa* che la parte promette *di dare* o nel senso stretto (trasferire in proprietà) o nel senso più largo (procurare, fare avere) o di fare, o non fare *aliquid, dandum, vel praestandum, vel faciendum, vel non faciendum*. Il contratto non avrà sempre *un oggetto*, spesso ne avrà due: il contratto sinallagmatico crea due obbligazioni, ed avendo ognuna di esse necessariamente il suo oggetto, ve ne saranno molti nella convenzione.

Vendendovi la mia casa per 60,000 franchi, la casa è l'oggetto della mia obbligazione, i 60,000 franchi l'oggetto della vostra; e i due oggetti delle nostre scambievoli obbligazioni sono l'uno e l'altro l'oggetto del nostro contratto. I nostri articoli furono così compilati per essersi confuso il contratto e l'obbligazione che ne sorge, per la falsa idea che l' obbligazione e il contratto sono tutt'uno. La legge avendo parlato negli artic. 1126-1128 (1080-1082) dell' oggetto del *contratto*, ci parla negli articoli 1128, 1130 (1082, 1084) dello oggetto della *obbligazione*; per essa sono la stessa cosa.

Nel trattato di Pothier le varie regole della nostra sezione sotto la rubrica *dello oggetto e della materia dei* CONTRATTI furono prese tutte dalla sezione in cui questo giureconsulto trattava *dell'oggetto e della materia delle* OBBLIGAZIONI (n. 120 e seguenti).

L'art. 1108 (1062) sviluppato nelle nostre diverse sezioni, presenta anche tracce di tale confusione. I compilatori che parlando della convenzione volgeansi all'obbligazione, han voluto un *oggetto*, una *causa* per la validità del contratto, nel mentre bisognano spesso molti oggetti di obbligazioni, e quindi anche molte cause, essendo causa di un'obbligazione appunto l'oggetto della correlativa obbligazione (articolo 1108, n. V (1062)).

1127 (1081).—Il semplice uso od il semplice possesso d'una cosa può essere oggetto di contratto, come la cosa medesima.

448. Non era mestieri esser ciò detto nella legge; un fatto qualunque, qualsiesi cosa, un dritto su tal cosa può essere oggetto di una obbligazione. Non importa che tal dritto sia reale o personale, o l'usufrutto del vostro podere, o una servitù sulla vostra casa, od anche la facoltà di servirmi del vostro cavallo per un viaggio; basta che ciò a cui voi vi obbligate possa essermi utile.

1128 (1082).—Le sole cose che sono in commercio, possono essere oggetto di convenzione.*

449. Le cose o i fatti che sì per la loro natura, sì per la speciale volontà del legislatore trovansi fuori del commercio, e sottratte alla disposizione dell'uomo, non possono essere riguardate dalla legge, come oggetto di obbligazione.

Sono fuori del commercio:

1° Le cose che non sono in natura. È chiaro adunque che la promessa di dare un Ciclope, potrebbe farsi per ischerzo o per demenza.

2° I fatti fisicamente impossibili: non potrebbe ad esempio promettersi, con idea di obbligarsi, di andare in un giorno da Parigi a Costantinopoli.

3° I fatti illeciti, chiamati anche legalmente e moralmente impossibili. Sono quelli proibiti dalla legge, contrari al buon costume, o all'ordine pubblico (art. 1133 (1087)). Sono proibiti dalla legge tutti i fatti contro cui cade una disposizione penale, i furti, i delitti e le contravvenzioni. La classe dei fatti contrari al buon costume, quantunque confondesi in gran parte colla precedente, pure qualche volta ne va distinta, essendovi fatti che la legge penale non colpisce, ma riprova la pubblica morale. Per ordine pubblico il legislatore intende quello stato di cose che ci mantiene come utile od anche necessario al bene della società: non potrò io perciò obbligarmi validamente a non far uso dei miei diritti elettorali.

4° Le cose del pubblico demanio, cioè i beni pubblici dello Stato o dei comuni (*Oss. prelim.* degli art. 537 e seg. (462 e seg.). I fiumi, le strade pubbliche, le Chiese, non possono, riguardati come tali, essere oggetto di convenzioni particolari, ma potrebbe farsi una promessa che abbia per oggetto di renderli beni privati, e procurarli a tal titolo; posso io dunque validamente obbligarmi a far deviare una strada comunale, e farvela ottenere in cambio di quell'altro terreno, e non vi riuscendo sarò tenuto ai danni ed interessi.

5° Gl'individui, e tutto ciò che concerne il loro stato civile. Io non posso vendermi ad un altro, nè per convenzione rompere i dritti che ho sui miei figli, sciogliere il mio matrimonio, autorizzare mia moglie a separarsi da me. Certo, taluni contratti riguardanti anche lo stato delle persone, come il matrimonio e l'adozione, sono leciti; ma al contrario delle convenzioni ordinarie, delle convenzioni pecu-

*— Degli spogli dei vescovi non si può disporre per testamento. C. S. di Napoli, 2 giugno 1821. — Sono invalide le convenzioni sullo stato degli uomini. C. S. di Napoli, 7 gen. 1846.

niarie (che sono sempre possibili per dritto comune, e solo interdette da speciali testi), tali contratti sono interdetti in principio, e divengono validi per eccezione, nel caso e nelle condizioni formalmente indicate dal legislatore.

6° Finalmente le cose tolte al commercio da una disposizione formale della legge, come i grani immaturi (L. del 3 messidoro an. III), i veleni, alcune armi, e nella medesima nostra sezione la successione di persone ancora viventi (art. 1130 (1084)).

450. Del resto, tali diverse classi rientrano alquanto le une nelle altre. Imperocchè le stipulazioni su di una successione futura sono proibite come contrario alla sana morale; e nel fine dell' ordine pubblico e per la generale sicurezza dello Stato si proibisce dalla legge la vendita del grano immaturo, dei veleni, ec. (vedi la spiegazione dell'art. 6 (7)).

1129 (1083). — L'obbligazione deve avere per oggetto una cosa determinata, almeno riguardo alla sua specie.

La quantità della cosa può essere incerta, purchè possa determinarsi.

451. Cotesto articolo trova la sua spiegazione in quel che si è detto al n.° IV dell'art. 1108 (1062) cioè, che l'oggetto deve essere immediatamente determinato, o almeno sufficientemente determinabile perchè il promettente sia seriamente legato e possa essere costretto a procurare allo stipulante una reale utilità. Tale è il senso evidente di questo testo, il quale nel chiedere un oggetto determinato *nella sua specie*, non intende di certo proscrivere le obbligazioni di *genere*; perchè poi un genere non è altro, rispetto a un genere più largo, che una specie, e la specie diventa un genere per le specie più piccole che abbraccia. Adunque non dovrebbesi dire: la promessa di dare un cavallo è nulla, perchè la parola cavallo indica un genere che contiene varie specie di cavalli; nemmeno sarà valida la promessa di dare un *quadrupede*, essendo questo una specie del genere animale. Lo ripetiamo, ogni specie è genere, e viceversa; e la legge vuole una specie o un genere abbastanza determinato, intendendo solo proscrivere, il genere talmente illimitato, e che lascia tale latitudine quanto colui che promette non potrebbe esser costretto ad alcuna cosa utile.

In questo principio come si è detto, rientra la seconda regola dell' art. 1119 (1073)), cioè di non potere io stipulare una cosa o un fatto che solo tornerebbe in vantaggio d'un terzo, avvegnachè l'oggetto della promessa a me non darebbe alcuna utilità, nè avrei interesse nè azione per pretenderne l'eseguimento.

1130 (1084). — Le cose future possono essere oggetto di una obbligazione.

Non si può rinunciare però ad una successione non ancora aperta, nè fare alcuna stipulazione sopra la medesima successione, neppure col consenso di quello della cui eredità si tratta.*

452. Le cose non ancora esistenti, ma da esistere possono formare l' oggetto di una promessa; io posso vendervi il ricolto che mi darà il mio podere nel prossimo anno. Ma si fa eccezione a tal principio se la cosa futura è una successione; e l'articolo 799 (716) ha dichiarato non potersi fare alcun patto sulla successione d' una persona ancor viva, nè anco nel contratto del matrimonio quantunque sia favorito. È

* — Le rinunzie autorizzate dal diritto canonico non incontrano ostacolo nelle leggi civili, per la volontaria incapacità in cui il religioso si mette, come trovasi sovranamente dichiarato coi rescritti del 9 marzo 1822 e 15 gen. 1843. C. S. di Napoli, 8 apr. 1846.

questa come si sa una derogazione alla nostra antica giurisprudenza; e il nostro articolo vuole che all'opposto del dritto romano simili stipulazioni non diventino nè anco possibili coll'assenso del *de cujus*. Sono note le derogazioni degli art. 761 e 1082 (T e 1038) intorno a tal proibizione.

SEZIONE IV.

DELLA CAUSA

453. La nostra sezione secondo la rubrica ed il capitolo, occupasi della causa della convenzione, e questa è in fatti l'espressione di cui si serve l'art. 1132 (1086) nel mentre l'art. 1131 (1085) parla della causa della *obbligazione*. E ciò deriva sempre dalla confusione fatta dai compilatori tra il contratto e l'impegno che fa nascere. Questa circostanza in ciò che riguarda il nostro capitolo non ha cosa alcuna di positivo, e ci basta fare qui osservare, come si è fatto per l'oggetto delle obbligazioni, che se l'*obbligazione* ha bisogno d'una causa, il *contratto* in vece deve spesso averne molte, perchè spesso presenta molte obbligazioni.

Del resto, la causa dell'obbligazione è, come si è detto nel n. V dell'art. 1108 (1062), nell'immediato motivo dell'impegno; è questo il vantaggio procuratomi dall'altra parte, in tutti i contratti a titolo oneroso (sia sinallagmatico o unilaterale), o il desiderio di render servizio nei contratti di beneficenza. Se il contratto a titolo oneroso è sinallagmatico, *la causa* di ogni obbligazione trovasi *nell'oggetto* dell'altra obbligazione (1).

1131 (1085). — La obbligazione senza causa, o fondata sopra una causa falsa od illecita, non può avere alcun effetto.*

454. Il nostro testo dichiara senza effetto, e perciò radicalmente nulla ogni promessa fatta senza causa o 2° per falsa causa, o 3° per causa illecita. Non può es-

(1) Toullier nella *materia del Codice civile* ci insegna che la causa d'un contratto non è altro *che la cosa in cambio della quale altra cosa è promessa;* d'onde trae la conseguenza molto logica, in vero che *la donazione è un contratto senza causa!!!* Giusta tal preteso principio bisognerebbe anche dire che i contratti di mandato, di comodato, di deposito formansi *senza causa!* Ed è più strano che l'autore istesso ci dice altrove che il *contratto senza causa è nullo di pieno dritto, che non ha neanco una esistenza precaria, che* esso è *il nulla assoluto!* Se la donazione, il mandato, ec. sono contratti senza causa, ed il contratto senza causa è nullo, dunque non vi può essere legalmente nè donazione, nè mandato, nè deposito, ec. Altra idea del professore medesimo si è che non esistono contratti unilaterali; tutti i contratti, ei dice, sono sinallagmatici, tutti contengono reciproche obbligazioni (IV, pag. 255, 286, 437).

Simili idee non si confutano.

* Massime della C. S. di Napoli.

— La causa impulsiva è differente dalla causa finale. Quest'ultima si equipara alla condizione, avendone tutti gli effetti; quindi allorchè manca, l'atto diviene nullo. Ma ciò non è applicabile alla causa impulsiva. 23 gen. 1822.

— È invalida una convenzione fondata su falsa causa, nascente da errore anche di dritto. 28 marzo 1822.

— La falsa causa, o la causa illecita di una obbligazione già ceduta ad un terzo, non è ammissibile sul solo fondamento di una occulta controscrittura. 21 apr. 1849.

— L'attore che ha un atto obbligatorio non esprimente causa, è nel dovere di provare la esistenza di una causa lecita che informi e sorregga la obbligazione: altrimenti ha luogo la massima, *actore non probante reus absolvitur.* 1 dicembre 1849.

— La simulazione della causale del debito, e della persona del creditore, non porta la nullità del chirografo. La legge non proibisce le simulazioni consentite fra i contraenti, ed innocue ai terzi; e per esse sta il principio, *plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.* 13 aprile 1850.

— Non può dirsi senza causa l'obbligazione assunta di pagarsi una resta di dote, quantunque non si esibisca titolo di costituzione della dote. 3 giugno 1852.

servi promessa senza causa che quella di un demente o d'un individuo che (per qualsiasi circostanza) fosse attualmente uscito di senno; allorquando chi gode del suo buon senso si dichiara obbligato a pagarmi una quantità di denaro, egli vi è indotto da un motivo, se non altro dal desiderio di farmi un dono. La pretesa obbligazione senza causa non sarebbe dunque nulla soltanto perchè vi manca la causa che è la quarta condizione richiesta dall'articolo 1108 (1062); ma altresì perchè mancando la prima condizione che è il consenso, non esiste il contratto che dovea ingenerare l'obbligazione. Ma questa prima parte del nostro articolo può applicarsi, senza alcuna ipotesi di demenza, per una causa futura, o se non altro successiva.

Quando io prendo in affitto la vostra casa per tre anni e a capo di sei mesi ella trovasi incendiata, l'obbligazione mia di pagarvene la pigione che ha per causa il godimento della casa, finirà per mancanza di causa da che fu quella bruciata. Dell'istesso modo, se ho promesso pagarvi il vostro ricolto di grano 500 franchi, ed una inondazione lo faccia totalmente venir meno. Non sarebbe così (in quest'ultimo caso) se io avessi comprato, non già il ricolto, ma quel che si caverebbe dal ricolto, facendo un contratto aleatorio; poichè allora l'evento del molto, del poco, o del nulla è la cagione del mio impegno.

455. Allorchè la causa esiste nell'animo del promettente, ma non è affatto reale, per l'errore di lui, o in altri termini quando vi è falsa causa, l'obbligazione è pure radicalmente nulla. Se converremo, che invece di pagarvi quel denaro che in forza del testamento di mio padre io debbo pagarvi, vi dia tanta quantità di frumento, di grano, e poi si trovi un testamento posteriore che revoca il vostro legato, la mia obbligazione è nulla per falsa causa, per mancanza di causa reale. La mia promessa di darvi il grano avea per causa nell'animo mio la estinzione dell'obbligo che aveva di pagarvi la somma legata; ma non esistendo realmente cotale obbligo, non vi sarebbe stata estinzione, e perciò non ha avuto mai causa la mia promessa di darvi il grano.

Allorchè la causa è reale, ma illecita, l'obbligazione del pari non esiste legalmente. La causa è illecita, se contraria alle leggi, ai buoni costumi, o all'ordine pubblico (art. 1133 (1087)).

1132 (1086). — La convenzione non lascia di essere valida, ancorchè la causa non sia espressa.

456. Una obbligazione scritta è valida senza esprimerne la causa; purchè dessa esista, e sia lecita, null'altro fa d'uopo. Nel solo contratto unilaterale può mancare l'indicazione della causa, perchè nelle convenzioni sinallagmatiche le cause delle scambievoli obbligazioni saranno espresse dall'indicazione stessa del contratto. Obbligandomi per iscrittura a vendervi il mio cavallo per 500 fr., con ciò solo indichiamo l'oggetto e la causa delle nostre due obbligazioni; perchè la mia obbligazione ha per oggetto il cavallo, e per causa il vostro debito di 500 franchi, e la vostra ha per oggetto i 500 fr. e per causa la compra del cavallo.

Ma se in un contratto che crea una sola obbligazione, e non ne esprime la causa (a modo di esempio, quando si è voluto scrivere: io mi obbligo a pagare tal somma ad *N* in quel tempo) se, diciamo, questa mancanza di indicazione della causa è indifferente per la validità della obbligazione, è parimente tale per la prova di essa? Tale scrittura non indicante la causa sarà dessa un titolo sufficiente del creditore? o forse il creditore sarà obbligato di provare inoltre che esiste la causa che non è indicata? Per tal punto molto disputato, più che per l'altro di cui si occupa il nostro articolo, un espresso testo sarebbe stato molto utile. Esso offre una quistione di prova, e non di validità; e noi non ne terremo discorso qui, chè non è il luogo, ma nel capitolo *della prova* (art. 1315, n. IV (1269)).

1133 (1087). — La causa è illecita quando è proibita dalla legge, quando è contraria ai buoni costumi od all'ordine pubblico.*

457. Avendo minutamente sviluppato gli articoli 6 e 1128 (7, 1082), qui facciam solo riflettere, come un fatto perfettamente lecito, se preso per causa d'una obbligazione, può diventare illecito, e rendere nulla la stessa. — È cosa più che lecita il fatto di un giudice che pronunzia la liberazione d'un innocente. Purnondimeno se fra il giudice e l'accusato si fosse convenuto, che l'uno darebbe all'altro in prezzo della sua futura liberazione 500 fr., l'obbligazione sarebbe nulla per causa illecita; essendo immorale di adempiere per prezzo al proprio dovere. Così, se il depositario chiedesse da me una somma di danaro, per restituirmi la cosa a lui confidata. Purchè la causa della mia obbligazione, e l'oggetto della vostra non sieno illeciti, il fatto che le costituisce non basta sia permesso, dovendo anzi essere permesso, e non per se stesso obbligatorio. Imperocchè se il fatto è imposto dalla legge, o dalla morale, sarebbe immorale il consentirvi a prezzo di danaro.

458. Allorchè la causa della mia obbligazione sarà lecita dalla parte di colui col quale mi sono obbligato, potrò farmi restituire quel che avrei pagato per l'adempimento di tale promessa, o di una obbligazione senza causa, o per falsa causa. Ma se da ciascuna parte vi fosse immoralità, contravvenzione ai buoni costumi o alla legge, il promettente che ha eseguito potrebbe egli rivenire dalla esecuzione data? Molti giureconsulti, seguendo qui la dottrina del dritto romano e di Pothier, rispondono del no. — La legge, dicono essi, non può soccorrere un delinquente, nè ammettere un'azione che trae motivo dal fatto illecito del reclamante, *nemo auditur propriam turpitudinem alligans;* nel medesimo modo adunque, che lo stipulante non può invocare l'autorità per la esecuzione, non lo può il promettente per fare annullare l'esecuzione compiuta. La legge in tutti i casi non si intrometterà in tali atti, e le cose resteranno sempre nello stato in cui si troveranno.

Noi non sapremmo adottare questo sistema, che sembraci anche contrario all'interesse sociale, non che al testo della legge. Il nostro Codice, dissimile dal diritto romano, non permette mai che alcuno si arricchisca col danno altrui; nè vuole che si possa mai trattenere per sè la roba altrui. Così l'art. 1376 (1330) dichiara per quanto più assolutamente, che chiunque riceva ciò che non gli è dovuto, è obbligato a restituirlo, senza distinguere nè il perchè, nè il come sia stato dato, mentre secondo il dritto romano non poteva richiedersi da chi avea pagato ingiustamente, salvo che per errore « *si quis indebitum ignorans solvit, condicere potest, sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio* (*D.*, 1, 12, t. VI, 1). Non bisogna adunque trarre qui argomento dal dritto romano; essendosi data una cosa per adempiere un'obbligazione nulla, e però non dovuta, il giudice non può fare a meno, secondo l'art. 1376 (1330), di ordinarne la restituzione. La contraria dottrina applicata da qualche decisione al caso in cui fu richiesto da una parte il prezzo d'offici ministeriali convenuto fuori del trattato ostensibile, è oggi respinta dalla giurisprudenza (1).

459. Notiamo da ultimo che siccome la mancanza di causa o di oggetto (di causa o di oggetto reale, serio e lecito), come pure

* — È nulla, come fondata sopra causa illecita, la convenzione fatta tra oblatori, con la quale si prometta un premio a quelli che si asterranno dal licitare. C. S. di Napoli, 11 apr. 1844.

(1) Parigi, 1 marzo 1844; Cassazione d'una decisione di Rouen, 30 giugno 1844; Rig., 1 agosto 1844; Caen, 12 febbr. 1845; Rig., 17 dic. 1845; Cassazione d'una decisione di Metz, 5 gen. 1846; Parigi, 5 dic. 1846. — Parigi, 12 gen. 1847; Riom, 10 maggio 1847; Rig., 26 dic. 1848, Rig., 3 gennaro 1849 (Dev., 45, 1, 582, 2, 307; 45, 1, 584; 46, 1, 116, 118 e 137; 47, 2, 228; 49, 1, 29 e 282).

la mancanza di consenso, non solo fanno che l'obbligazione possa annullarsi (come i semplici vizî di consenso, o di incapacità), ma anzi che si formi, così non si ratificherà siffatta obbligazione, non confermandosi quel che non esiste: *quod nullum est confirmari nequit: quod nullum est, nullum producit effectum*. La capacità del promettente, e certe tali qualità nel consenso delle parti sono condizioni essenziali perchè l'obbligazione sia solamente *valida*; ma l'esistenza del consenso, l'oggetto e la causa sono condizioni essenziali perchè dessa si formi.

CAPITOLO TERZO

DELLO EFFETTO (DELLE CONVENZIONI E) DELLE OBBLIGAZIONI

460. Abbiamo già detto nelle osservazioni preliminari di questo titolo, come il nostro terzo capitolo sotto la inesatta rubrica dell'*effetto dell'obbligazioni*, si occupi or *dell' effetto dell' obbligazioni*, or dell'effetto *dei contratti*; cose da non doversi confondere. Come prendersi per una sola e medesima cosa, l'effetto della convenzione, e l'effetto dell'obbligazione, quando questa non è in se stessa (almeno il più delle volte) che un effetto di quella? 1° Creare obbligazioni; 2° estinguerle; 3° trasferire la proprietà, o i suoi smembramenti, son questi gli effetti della convenzione, del contratto (articolo 1101, 1234 1138 (1055, 1187, 1092)). Gli effetti della obbligazione consistono unicamente nella facoltà data al creditore di impiegare i mezzi legali 1° per costringere il debitore a dargli quel che gli deve; 2° per farselo dare da altri a spese del debitore; 3° o come ultimo spediente, per ottenere da lui i danni-interessi.

E se l'obbligazione non produce gli effetti del contratto, questo non produce nè anco gli effetti di quella. Senza fallo, poichè il contratto può produrre l'obbligazione, può anche produrne gli effetti, ma da prima non le produrrà che come ulteriori conseguenze, e non come da esso ingenerati; in secondo luogo, il contratto può anche esistere senza far nascere obbligazione alcuna, e facendo semplicemente estinguere obbligazioni, e trasmettere dritti reali; finalmente se l'obbligazione e per conseguenza i suoi effetti possono risultare dal contratto, lo possono anche da altra sorgente: da un quasi-contratto, da un quasi-delitto, o anche dalla legge. Così da una mano gli effetti del contratto non possono mai essere prodotti dalla obbligazione. E gli effetti della obbligazione esisteranno spesso senza che vi sia stato contratto; e scambievolmente, un contratto potrà esistere senza che vi sia effetto alcuno di obbligazione. Ed anche nel caso in cui questo effetto derivasse da una obbligazione, ne sarebbe sempre una conseguenza mediata e lontana; non sarebbe come effetto del contratto, ma come effetto della obbligazione, la quale lo avrebbe sempre prodotto quand'anche non avesse avuto il contratto per principio.

461. Nulla dunque meno esatto, meno logico della rubrica del nostro capitolo; e non bisogna perder di mira come qui trattasi 1° dello effetto dei contratti o delle convenzioni, e 2° dello effetto delle obbligazioni (sieno o nò convenzionali).

Tratteremo separatamente dello effetto delle convenzioni *in una prima parte* la quale presenterà il commentario delle sezioni I, V, VI, e d'una parte della sezione II; di poi l'effetto delle obbligazioni in una *seconda parte*, che conterrà la spiegazione del resto della sezione II, e delle sezioni III e IV.

462. *Vedesi in questo capitolo III come noi rechiamo un profondo intercertimento all'ordine del Codice, ma per render facile l'isolata ricerca d'un testo; abbiamo messo alla fine del capitolo, pria dell'art.* 1168 (1121), *un quadro che indica i numeri in cui trovansi i vari articoli.*

PRIMA PARTE DEL CAPITOLO III.

DELLO EFFETTO DELLE CONVENZIONI

SEZIONE PRIMA

GENERALI DISPOSIZIONI

1134 (1088).—Le convenzioni legalmente formate hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte.

Non possono essere rivocate, che, o per mutuo loro consenso, o per le cause autorizzate dalla legge.

Esse devono essere eseguite di buona fede.*

SOMMARIO

I. La convenzione obbliga le parti ugualmente che la legge; ma non costituisce una legge, e non si può ricorrere alla Corte Suprema per la sua falsa interpretazione.
II. Il mutuo consenso può risolvere la convenzione per il futuro; ma la risoluzione può avere effetto retroattivo per le cause indicate dalla legge. Conseguenze.
III. Il nostro Codice non ammette contratti stricti juris.

I. — **463.** Il dire che le convenzioni hanno forza di legge per coloro che le hanno fatte, non importa che desse sieno leggi propriamente dette, ma solo che elle formano una regola, la quale non meno che la legge è obbligatoria per le parti.

Non si comprende come alcuni giureconsulti, prese alla lettera quelle espressioni, ne abbiano conchiuso che la sentenza profferita in ultima istanza che avrebbe interpetrato male la convenzione, avrebbe con ciò falsamente applicato *una legge*, e dovrebbe esser quindi annullata! Ciò importerebbe fare della Corte suprema un terzo grado di giurisdizione.

Come ben l'ha detto Henrion di Pansey, il piato innanzi la Corte di cassazione non è più tra le parti, ma *fra la decisione impugnata e la legge*.

La legge è da una mano, e la decisione dall'altra; bisogna comparare questi due soli elementi. Allorquando risulta da una sentenza, che il contratto valutato dalla Corte di appello era una vendita, e nel decidere ha applicato i principi di quella materia, non vi ha luogo ad annullamento, quand' anche i termini dell' atto (non riportati nella decisione), o altre circostanze estranee alla decisione mostrerebbero che il contratto era una locazione. Se una sentenza applicando ad un contratto le regole della vendita, facesse scorgere dai caratteri indicati, che quella era una locazione, dovrebbe esser cassa; chè allora risulterebbe, comparando il testo della sentenza e quello del Codice, che si sono falsamente applicate le regole del titolo della vendita, e violate quelle del titolo della *locazione*. Ma finchè non risulti dalla *stessa sentenza*, che si è male interpretato questo o quel *testo della legge*, fosse pur chiaro come la luce, che si sieno mal comprese le con-

* Massime della C. S. di Napoli.

— Il patto di redigersi un contratto in pubblico istrumento, fa sì che debba il medesimo reputarsi come un progetto rivocabile. Non così, se il contratto si è già eseguito col fatto. 5 mar. 1822.

— È valida la convenzione, quantunque siavi difetto nelle forme legali, se essa è provata e non sia della categoria di quelle per le quali le forme sien prescritte *sollemnitatis gratia*. 16 mar. 1843.

— L'osservanza dei patti stabiliti dalle parti, e del loro contratto giudiziario, è il principale dovere dei magistrati, chiamati dalla legge a dirimere le controversie, e le liti insorte tra esse; ed un convincimento contrario a tale dovere, perchè prodotto dall' arbitrio, non può farsi sussistere. 10 giugno 1847.

— I patti sono inviolabili. 21 febbr. 1850.

venzioni delle parti ; vi è un mal giudicato; perchè per fermo le convenzioni non sono leggi. Cotesti principî che la Corte suprema sembra avere qualche volta dimenticato, sono stati consacrati il 31 dicembre 1835 sulle conclusioni del dotto avvocato generale Nicod; e tale è pur la dottrina degli scrittori (1).

II.—464. Deve con discernimento comprendersi quel che dicesi nel secondo paragrafo, cioè che le convenzioni possono essere *revocate* col *mutuo consentimento* delle parti. Rivocare una convenzione sarebbe, rigorosamente parlando, annientarla retroattivamente come se non fosse mai stata; or non può ciò prodursi col consenso mutuo delle parti. Può esso estinguere le obbligazioni create o ritirare i dritti reali che si erano trasferiti; ma non può fare che tali obbligazioni, tali dritti non sieno esistiti. Vendendovi la mia casa per 50,000 franchi, possiamo benissimo render nulli gli effetti del contratto per l'avvenire; ma voi siete stato sempre proprietario della casa, ed io vostro creditore di 50,000 franchi. Se dunque nell'intervallo che passa dalla vendita alla rivendita che me ne farete, le servitù che avete voi concesso sulla casa sussisteranno; e se io ho trasferito ad un terzo una porzione del vostro debito, voi per questa parte resterete debitore di colui. Il mutuo consenso non può fare altro che trasferire i dritti reali o estinguere le obbligazioni consentite dalla prima convenzione.

465. Il nostro paragrafo al contrario è rigorosamente esatto, allorchè dice che le convenzioni possano essere rivocate per le cause che la legge autorizza.

Facendo sciogliere la vendita fatta, o per incapacità, per violenza, per l'ineseguimento del vostro impegno (articolo 1184 (1137)), o per qualunque altra causa, il contratto è come non mai esistito: la casa legalmente è rimasta mia. e le servitù o altri dritti reali che voi avete potuto costituire svaniscono; il vostro debito di 50,000 franchi è retroattivamente sparito, e la totale o parziale cessione che avrei potuto farne, rimane come non fatta.

III. — 466. In Roma è noto come l'effetto delle convenzioni dipendesse spesso da rigorose regole, e da matematiche formule la cui conseguenza poteva essere di civilmente obbligare colui che evidentemente nulla dovea, o scambievolmente; di modo che il risultato più esattamente conforme al dritto era spesso il più profondamente iniquo, *summus ius summa iniquitas*. Era altrimenti soltanto in una certa classe di contratti le cui azioni permettevano al giudice di pronunziare non secondo i rigorosi principî del dritto civile, ma secondo le regole d' equità, *ex fida bona*, *ex* equo et bono, e chiamavansi per questo *azione di buona fede* in opposizione alle *azioni* di *stretto dritto*.

Il Codice civile del nostro terzo paragrafo stabilisce come principio fondamentale, dovere la buona fede presieder sempre all'eseguimento delle convenzioni. Non vi son dunque da noi azioni di stretto dritto; nè più quelle regole, quelle formole, che debbono vincerla sulla volontà dei contraenti ; il giudice deve sempre pronunziare *ex aequo et bono*, indagando con tutti i possibili mezzi qual sia stata la comune intenzione delle parti, onde darle il suo pieno effetto. Lo articolo seguente sviluppa tale idea.

1135 (1089). Le convenzioni obbligano non solo a ciò che vi si è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che l'equità, l'uso o la legge attribuiscono all'obbligazione secondo la di lei natura.

467. Con ciò si spiega che le convenzioni devonsi apprezzare di buona fede e ricevere tutti gli effetti che le parti hanno avuto intenzione di dar loro. Tale intenzione non bisogna solo trovarla nei termini della scrittura della convenzione, ma anche

(1) Dev., 36, 1, 189.—Toullier (VI, 193); Duranton (X, 379 e 380); Zachariæ (I, p. 74).

nei principî d'equità, nell'uso del paese, nelle regole generali della legge, alle quali le parti non avrebbero mancato con una espressa dichiarazione di derogare, se non avessero voluto conformarvisi.

Il principio, che bisogna sempre indagare la comune intenzione dei contraenti, ci conduce naturalmente a studiare qui la sezione del nostro capitolo relativo alla interpretazione delle convenzioni. È evidente infatti che questa sezione è lo sviluppo di tal principio.

1136 (1090). — (Vedi per l'indicazione della pagina in cui si trova questo articolo, il piccolo quadro posto prima nello art. 1168 (1121)).

SEZIONE V.

DELL'INTERPETRAZIONE DELLE CONVENZIONI

1156 (1109). — Nelle convenzioni si dee indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzichè attenersi al senso letterale delle parole.*

1157 (1110). — Quando una clausola è suscettiva di due sensi, si debbe intendere in quello con cui può aver qualche effetto, piuttosto che in quello con cui non ne potrebbe produrre alcuno.

468. Di certo che non si stendono gli atti per non dir nulla. Così togliamo esempio da Pothier nel di cui trattato sono state attinte tutte le regole della nostra sezione: allorchè un atto dice che « Pietro e Paolo han convenuto che questi passerà sulle sue *terre* » quantunque il senso grammaticale porti che Paolo potrà passare sulle proprie *terre*, non ci fermeremo a questa idea, essendo evidente che non si fa una convenzione per passare sul proprio terreno. Si scorgerà dunque come Paolo abbia stipulato il dritto di passare sulle terre di Pietro. Si applicherà così il nostro articolo, il quale vuole doversi scegliere fra due quel senso che dà un effetto alla clausola; non che il precedente, giusta il quale dee piuttosto badarsi all'intenzione, che al senso letterale delle parole.

1158 (1111). — Le parole suscettive di due sensi debbono essere intese nel senso più conveniente alla materia del contratto.

469. Si suppongono qui dei termini con vari sensi che darebbero effetto al contratto. A modo di esempio, prendo in affitto la vostra casa per nove anni *pagandoene* 300 franchi; li dovrò una volta o in ogni anno? L'indole del nostro contratto che è una locazione e non una vendita, proverebbe in generale che i 300 fr. si debbono in ogni anno. Ma aggiungiamo con Pothier, andar diversamente la cosa, se dalle circostanze sorgesse l'idea contraria; se fosse, ad esempio, una piccola proprietà non mai stata locata più di 30 o 40 franchi per anno, i 300 franchi sarebbero l'unico prezzo dei nove anni di pigione.

Le nostre varie regole adunque si rias-

* La intelligenza data da' giudici di merito ad un contratto non va soggetto a censura. Nè vale il dire che u diversa idea meni il senso letterale dell' atto, o che il contratto non presenti alcuna dubbiezza, perchè il dubbio vi è sempre, quando i contendenti non sono di accordo intorno alla sua intelligenza ed estensione. C. S. di Napoli, 27 marzo 1851 (cam. riun.). — Ove la volontà delle parti e la natura delle convenzioni si trovino spiegate con evidenza e precisione, la interpetrazione intesa ad eluderle costituisce una violazione della regola: cum *in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quaestio*; ed in tal caso vi è luogo a censura. C. S. di Napoli, 15 marzo 1853.

somono in questa sola, che è di valutare l'intenzione delle parti, da cui al postutto esse son governate.

1159 (1112). — Ciò che è ambiguo si interpetra da ciò che si pratica nel paese dove si è stipulato il contratto.

1160 (1113). — Ne' contratti si debbono aver per apposte le clausole che sono di uso, ancorchè non vi sieno espresse.

1161 (1114). — Le clausole dei contratti s'interpetrano le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intero.

470. Questi tre articoli non richiedono osservazione alcuna. Quanto ai due primi, lo art. 1135 (1089) ci avea detto che l'uso debba essere consultato non solo per render chiare le clausole dell'atto, ma anche per completarle. Quanto all'ultimo, non si può aver chiara la mente di chi fa una scrittura, se non quando si armonizzano fra loro le frasi o le parti di esse.

1062 (1115). — Nel dubbio la convenzione s'interpetra contra colui che ha stipulato, ed a favore di quello che ha contratto l'obbligazione.

471. Questa regola che appartiene più alla materia della prova, che a quella della interpetrazione, non è altro che il principio di dritto e di ragione, *actori incumbit probatio*. Voi mi pretendete obbligato, e a sostegno della vostra pretensione presentate un atto; ma adoprati tutti i mezzi di interpetrazione non sorge da quell'atto il vostro preteso dritto, rimanendo il giudice nell'incertezza; nel *dubbio* non si darà a voi la vittoria della causa. O pure voi allegate che vi son debitore di 1,200 franchi da una parte, e dall'altra di 800, e non provate il vostro dritto che fino alla concorrenza dei 1,200 franchi; essendo dubbio per li 800, non vi si daranno, perchè non ne avete fatto la prova. Ecco quel che significa l'articolo; *nel dubbio* cioè in mancanza di prova, si pronunzierà contro il preteso creditore, ed in favore del preteso debitore.

472. Si applicherebbe nel caso inverso questa regola, che è mal posta nella nostra materia. Nel dubbio sulla estinzione d'una obbligazione, si giudicherebbe contro il debitore ed in favore del creditore. È riconosciuto doverni voi 1,000 franchi; presentate un atto dal quale pretendete dedurne che siete liberato di tal debito, ma l'esame e la interpretazione dell'atto non presentano la prova della pretesa liberazione, e si rimane nell'incertezza su tal punto: voi sarete condannato a pagarmi. Che se voi giustificate una parziale liberazione, sarete condannato a pagarmi il dippiù. Infatti il primo articolo del capitolo *della prova* (1315 (1269)) comincia con dire ed a ragione, che se « colui che pretende l'esegnimento d'un' obbligazione deve provarla, viceversa il debitore che credesi liberato, deve giustificare l'estinzione della sua obbligazione ».

1163 (1116). — Per quanto sieno generali i termini coi quali si è espressa una convenzione, essa non comprende se non le cose, sopra le quali apparisce che le parti si abbiano proposto di contrattare.

473. È regola del buon senso una proposizione non doversi mai interpretare, che *secundum subjectam materiam*. Così allorchè noi transigiamo sulle difficoltà che fa sorgere tra noi la divisione d'una eredità, ed io dichiaro di lasciarvi tutti *i miei dritti generalmente e qualunque* sieno per 20,000 franchi che voi mi darete, non

si dirà di certo che io abbia ceduto tutti i dritti del mio patrimonio, ma soltanto quelli relativi alla successione di cui trattiamo.

1164 (1117).—Quando in un contratto si è espresso un caso ad oggetto di spiegare l'obbligazione, non si presume di aver voluto con ciò escludere i casi non espressi a' quali per legge può estendersi l'obbligazione.

474. La massima *qui dicit de uno, de altero negat*; *inclusio unius fit exclusio alterius*, è vera qualche volta, ma spesso falsa, e ben si sà che l'argomento *a contrario* non è affatto certo. Quando il dritto comune stabilisce l'estensione d'una obbligazione, ed i contraenti avranno determinato uno dei casi di applicazione, o perchè lor sembra più dubbio degli altri, o perchè vi mettono più importanza, o per qualunque altra ragione, non se ne potrà inferire che essi abbiano preteso rigettare gli altri, tranne che da qualche circostanza ciò non si dimostri. Questo articolo, come il precedente e tutta la sezione, si riassume nel dire, che bisogna con tutti i possibili mezzi indagare la intenzione delle parti; e per questa regola generale, la sola assolutamente vera, dovrà qualche volta non darsi luogo a questa o quella altra particolare da noi esaminata.

475. Le due sezioni I e V e di cui la seconda è la conseguenza e lo sviluppo dell'ultimo articolo della prima, rapportansi alla materia dei contratti; quivi infatti Pothier avea posto tutte le regole riprodotte da queste due sezioni (*Dell' effetto dei contratti*, n. 85-90. *Regole per l'interpetrazioni delle convenzioni*, n. 91-102.

476. Per proseguire quel che riguarda *l'effetto delle convenzioni*, dobbiamo spiegare un principio importantissimo che non esisteva ai tempi di Pothier: cioè il trasferimento dei dritti reali ossia della proprietà o dei suoi smembramenti per effetto delle convenzioni. Una parte della sezione seconda del nostro capitolo riguarda soltanto questa materia (art. 1136, 1138 *in parte*, 1140, 1141 (1090, 1092, 1004, 1005)); il rimanente (1237, 1138 in *parte*, e 1139 (1091, 1092, 1093)) rientra *negli effetti delle obbligazioni*, e ne tratteremo più innanzi nella seconda parte del capitolo.

1165 (1118).—(Vedi il piccolo quadro che precede l'art. 1168 (1121) n. 539).

SEZIONE II.

(Art. 1136, 1138 in parte, 1140, 1141 (1090, 1092 in parte, 1094, 1095)).

DELLA OBBLIGAZIONE DI DARE CIOÈ DELLA CONVENZIONE DI TRASMETTERE LA PROPRIETÀ

1136 (1090).—L'obbligazione di dare include quella di consegnare la cosa, e di conservarla sino al tempo della sua consegna, sotto pena del risarcimento dei danni ed interessi verso il creditore.

477. Per *obbligazione di dare*, il nostro articolo intende *l'obbligazione di trasmettere in proprietà un corpo certo*. Ed in pria trattasi dell' obbligazione di *dare* nel senso tecnico della parola, *dare*, trasmettere la proprietà, e non darla a qualunque titolo, e nel senso largo della parola, *praestare*.—Ciò sembra chiarissimo, nonostante la dottrina contraria di Demante (*Prog.*, II-567) poichè l' obbligazione di dare trae con se, secondo il nostro articolo, quella di consegnare per cui rendesi *il creditore proprietario (articolo 1138 (1092))*.

Non è di minore evidenza che non trattasi dell'obbligazione di trasmettere in pro-

prietà un oggetto qualunque, ma soltanto un corpo certo, avvegnachè l'obbligazione stessa tragga quella di conservare la cosa sino al rilascio, la quale può solo applicarsi ad oggetti certi e determinati *in ipso individuo*. Allorchè io mi obbligo a consegnarvi entro otto giorni un *cavallo* di quella razza, di quella età, ecc. la mia obbligazione sarà esattamente eseguita, allorchè vi darò un *cavallo* secondo le indicate qualità (non importando ove l'abbia preso), e non havvi dovere alcuno di serbarvi alcuna cosa; forse io non ho un cavallo simile a quello promesso, e quando ne avrò uno, la mia obbligazione non mi costringe a darvi quello in luogo d'un altro. — Se invece mi sia obbligato a darvi il tal cavallo da voi veduto nella mia stalla, sono obbligato di serbarlo sino alla consegna, dappoichè per esso, e non per altro voi avete stipulato con me; se lo lasciassi perire o fuggire, mi porrò per mia mancanza nell'impossibilità di eseguire la mia obbligazione, e sarò tenuto ai danni ed interessi.

478. Nel nostro articolo dunque si tratta solo della obbligazione di trasferire la proprietà di un corpo certo, *obligatio dandi certum corpus*. Or vedremo nell'artic. 1138 (1092), n. V *in fine*, che la proprietà dei corpi certi oggidì si trasferisce per lo effetto diretto ed immediato della *convenzione*; per modo che non può nè anco formarsi la obbligazione di trasferire la proprietà di un corpo certo, *obligatio dandi corpus certium*, sotto l'impero del Codice civile; e l'*obbligazione* di dare di cui parlano il nostro articolo e la rubrica della sezione, non è altro che la *convenzione* di dare; anche questo deriva dalla confusione delle parole *convenzione* e *obbligazione*.

Il nostro articolo dice che la *convenzione* di trasferire la proprietà d'una cosa individualmente determinata, crea di pieno dritto due obbligazioni, quella di far rilasciare la cosa, e l'altra di conservarla fino al rilascio.

479. Che la convenzione crei di pieno dritto e senza che si dica, le due obbligazioni, è conseguenza ben semplice del principio, che le convenzioni debbano eseguirsi di buona fede, ed obblighino a tutte le conseguenze che la equità attribuisce alla obbligazione (art. 1134 e 1135 (1088 e 1089)).

Le conseguenze delle obbligazioni di rilasciare o di conservare, e i danni-interessi che possono derivare dal loro inadempimento, rientrano nello *effetto delle obbligazioni*, e non era qui il luogo di parlarne. Non pertanto, siccome il Codice per una sottile teoria che sarà ora da noi spiegata, ammette due specie di consegne, la consegna fittizia, o la tradizione di dritto, che ha effetto col consenso stesso, o la consegna reale, o tradizione di fatto, e la prima non è altro alla fine che la stessa convenzione, o almeno la conseguenza immediata di essa, questa che forma l'oggetto dell'art. 1138 (1092) deve qui sviluppars.

1137 (1091). — (*Vedi alla fine del capitolo il piccolo quadro nel num. 539*).

1138 (1092). — L'obbligazione di consegnare la cosa è perfetta col solo consenso dei contraenti.

Tale obbligazione costituisce proprietario il creditore, e fa che la cosa resti a di lui pericolo dal momento, in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora della consegna, nel qual caso la cosa rimane a di lui rischio.

SOMMARIO

I. Mala compilazione dell'articolo che con una bizzarra teoria stabilisce il trasferimento della proprietà col solo consenso.

II. Inesatta interpetrazione data da Toullier, da Duranton e dagli altri scrittori.

III. Il pensiero intimo del legislatore è stato,

che una tradizione sarebbe sempre necessaria, ma che dessa sarebbe puramente fittizia, e risulterebbe di pieno dritto dallo stesso consenso.

IV. Prove della teoria ed interpetrazione dello articolo. Per obbligazione perfetta *intendesi obbligazione consumata col trasferimento della proprietà; confutazione della dottrina contraria di Duranton, Demante, ecc.*

V. Censura della sottile teoria dei compilatori. Ultimo risultamento dell'articolo.

I. — 480. Cotesto articolo è così mal dettato, quanto è desso importante. Infatti si tratta in fondo di stabilire il principio affatto nuovo al mondo, di trasferirsi la proprietà per solo effetto del consenso, per la sola volontà delle parti, e senza alcun bisogno della tradizione. Or questa idea non è certamente espressa dal testo cotanto imbrogliato. L'articolo dice che l'*obbligazione di consegnare* (cioè siccome abbiam veduto sotto l'art. 1136 (1090), la obbligazione di far la tradizione di un corpo certo, la cui proprietà si è convenuto trasferire) fa il *creditore proprietario* quantunque la *tradizione non sia stata fatta;* ma sembra volere sminuire, o anche distruggere tal proposizione con dire, che tale effetto sarà prodotto, *nel momento in cui la cosa ha dovuto essere consegnata,* il che importa che la tradizione sarà sempre necessaria, ma si riputerà solo fatta giunto il momento in cui doveva farsi. E poi che cosa vuol dire quando si dichiara che la obbligazione è perfetta col solo consenso? È forse bastevole il consenso perchè la obbligazione fosse realmente formata? ma allora si parla per non dir nulla, non essendovi alcuna obbligazione che non sia nello stesso caso. Perchè confondero in una stessa frase la quistione di trasferire la proprietà con quella dei rischi? Che cosa dire poi della restrizione *tranne che il debitore non fosse in mora,* che parrebbe relativa a' due oggetti della disposizione, mentre si attiene soltanto alla quistione dei rischi, come vien provato dalle ultime parole dell'articolo: *nel quale caso la cosa rimane a rischio di quest'ultimo?*

Qui specialmente, come vedremo, è da compiangere la mancanza di metodo così frequente, e la confusione in tutto il nostro titolo tra l'obbligazione e il contratto che la genera.

II.—481. Gli scrittori sono d'accordo colla dottrina che professiamo sullo scopo ultimo del nostro articolo. Riconoscono essi, che il Codice allontanandosi dalle antiche tradizioni consacrava realmente che il trasferimento della proprietà si effettua col solo consenso, e senza tradizione; ma non ugualmente si accordano nel modo d'interpretare l'articolo, e vi ha tra essi chi non ne ha colto la vera idea. Delvincourt e Toullier (VI, 202) dicono che le parole *dall'istante in cui ha dovuto essere consegnata,* significano *dall'istante in cui è esistito il dovere, l'obbligazione di consegnare la cosa.* Duranton (X, 417) è di parere che tali parole non abbiano rapporto alcuno con quelle *essa rende il creditore proprietario,* e presenta quest'ultime come una frase indipendente da tutto il resto dell'articolo. Or è certo che queste due interpretazioni sono false, certo anche che i compilatori han creduto parlare, non dell'istante in cui il rilascio è *stato dovuto,* ma di quello in cui ha dovuto *farsi:* nè è men certo che essi han creduto applicare l'idea tanto alla quistione di proprietà, come anche a quella dei rischi.

A provare tale doppia asserzione, e confutare i due contrari sistemi, basta citare le parole d'uno dei compilatori innanzi il Corpo legislativo. « Perchè il creditore sia riguardato *come* PROPRIETARIO tosto che *è giunto il tempo in cui* il rilascio DEVE FARSI, non v' ha bisogno di reale tradizione». (Fenet, t. XII, p. 230). Zachariae (I, 430) cenna il risultamento dello articolo senza dir nulla delle difficoltà ingenerate dalle sue espressioni.

Da quaranta anni che il nostro articolo esiste, non ha avuto ancora esatta interpretazione, e sarebbe tanto più necessaria, quanto giureconsulti molto distinti sosten-

gono tuttavia che il Codice non ha per nulla cangiato gli antichi principî sulla nostra materia, e che sempre colla tradizione di fatto la proprietà trasmettesi ne' nostri contratti. È bisogno in fatti convenire che le arbitrarie spiegazioni date fin'oggi al nostro articolo 1138 (1092) fanno sì che la tesi possa facilmente sostenersi.

Procuriamo or noi coi diversi testi del Codice, e particolarmente coll' esame dei lavori preparatori, di cogliere il pensiero occulto del testo espresso in modo sibillino; ed occupiamoci qui unicamente del trasferimento della proprietà, riportando alla nostra *seconda parte* tra gli effetti delle *obbligazioni* la quistione dei rischi.

III. — 482. I compilatori del Codice più che giureconsulti dalle esatte teorie erano uomini di pratica. Ciò ben si scerne ad ogni pagina dei loro lavori, ed il nostro titolo ben lo proverebbe (1). Essi non hanno osato manifestar netto il nuovo principio introdotto, o per dir meglio confessare a se medesimi la reale innovazione fatta, e l'hanno recata in atto senza avvedersene. — Ciò sulle prime può sembrar strano; pure nulla di più semplice.

La giurisprudenza anteriore al Codice, quantunque contraria in principio al trasferimento della proprietà senza l'ajuto della tradizione, pure nel fatto vi si avvicinava molto, e i compilatori per consacrare tale regola (non nella forma ma nella realtà) *non ebbero a fare, che un passo*. Spieghiamoci.

Dal dritto romano non era ammesso, che il contratto, il consenso debitamente manifestato potesse trasmettere la proprietà o qualunque dritto reale. Esso creava soltanto l'obbligazione di trasferire, *obligationem dandi*, e la proprietà era trasmessa con la tradizione che facevasi per adempiere l'obbligazione. La nostra antica giurisprudenza aveva ammesso la stessa dottrina *in principio*, pure la modificava specialmente *nel fatto*, ammettendo la finta tradizione, che le parti potevan sempre fare a lor grado senz'altra condizione, tranne quella di dichiarare che essi in tal modo volevano. Ad esempio, vendendovi la mia casa per consegnarvela in tre o sei mesi, o un anno, se io dichiarassi spogliarmi incontanente del dritto, e possederla in nome vostro, tal dichiarazione chiamata clausola del *costituto*, e del precario, o dello *spossessamento-investimento* (*dessaissine-saisine*), vi trasmetterebbe la proprietà fin dal momento, benchè la tradizione debba farsi spirati tre o sei mesi, o altro termine (Pothier, num. 151 *Vendita*, n. 321). — Conservando adunque come principio che la proprietà si trasmette colla tradizione, l'antica giurisprudenza permetteva alle parti di trasmetterla a lor talento, e colla sola forza della volontà.

Ammettendo che il semplice consenso può trasferire la proprietà e che la trasferisce in fatti, tosto che le parti dichiarano di volerlo; era semplicissimo il dire che la trasferirebbe sempre: era questo un rispondere ai bisogni ed ai costumi del tempo; perchè da noi si è sempre riguardata la vendita come atto che trasmetta immediatamente al compratore la proprietà dell'oggetto venduto. I compilatori del Codice han potuto pertanto adottare tale idea e l'hanno infatti adottata senza stimarsi innovatori; non han creduto creare un nuovo sistema, bensì estendere e far completo quello già introdotto.

In tal modo la tradizione è sempre necessaria, ma è fittizia, e risultante di pieno dritto dal consenso che forma la convenzione. È questa la teoria del Codice, bizzarra di certo (poichè la seconda sua parte distrugge la prima), ma che esprime il vero pensiero dei compilatori, e ci rende facile il comprendere il modo onde fu compilato il nostro articolo 1138 (1092).

IV. — 483. In questo articolo la prima proposizione è, *che la obbligazione di rilasciare la cosa* È PERFETTA col solo con-

(1) Molte altre parti del Codice fan chiara questa verità. Si sa per esempio, che l'art. 1607 (1453) e la rubrica del cap. VIII della *vendita* parlano dei dritti INCORPORALI; e che l'art. 1567 (1380) parlando della consegna delle scritture, degli atti istrumentari che attestano l' esistenza del credito, la qualifica *restituzione* DEI CONTRATTI.

senso, la quale pare che abbia un senso non colto dagli interpetri.

Delvincourt, Toullier, Duranton, Zachariæ (*loc. cit.*) ed anche Demante (*prob.*, II-570) credono che tal paragrafo significhi semplicemente che la obbligazione di rilasciare *si formi*, come ogni altra obbligazione, col consenso. È questo un errore che si confuta sì col rapporto del nostro articolo coi precedenti, e sì colla analogia che esso ha cogli art. 938 e 1583 (862 e T), e finalmente coi lavori preparatori del Codice.

Nò, non si è voluto dire che il consenso basti per *formare* l' obbligazione di rilasciare la cosa; bensì che tal consenso basterebbe per *consumare* l'obbligazione, per farle immediatamente produrre il suo effetto; si è creduto che col solo consenso e nello stesso momento l'obbligazione *fosse compita* in dritto (salvo ad essere eseguita poi in fatto); si è creduto esprimere l'idea cennata più sopra, che il solo consenso di rilasciare produrrebbe immediatamente la *tradizione fittizia* colla quale trasferiscesi la proprietà.

Che qui non trattasi della formazione della obbligazione, e di quel che deve farla esistere, sorge chiaro dal luogo che ha il nostro articolo nell' ordine delle idee dei compilatori, cioè nel momento in cui tale obbligazione esistiva. L'art. 1136 (1090) ha detto che la obbligazione di dare trae con se di pieno dritto quella di rilasciare e di conservare ; l' art. 1137 (1091) ha spiegato *gli effetti* della obbligazione di conservare, poscia il nostro. e i seguenti hanno spiegato gli *effetti* della obbligazione di rilasciare. Come dunque i compilatori sospendono il corso delle loro idee per dirci che l' obbligazione di cui parlano si forma con il consenso, nel mentre essi suppongono che la obbligazione preesiste e deriva di pieno dritto, e forzatamente dall'obbligo di dare (art. 1136 (1090))? Se avessero voluto dichiarar tale idea, in vero troppo evidente, l'avrebbero detto nello art. 1136 (1090), per l'obbligazione di *dare*, poichè è questa, dicono essi, che trae con sè quella di conservare e l'altra di rilasciare; formata che quella è, ne sorgono parimente le altre due.

E non è chiara la nostra dottrina allorchè si rapporta all'art. 938 (862) e allo art. 1583 (T)? Ci dice anche l'art. 938 (862) che la *donazione sarà perfetta col solo consenso*; e crede il solo consenso bastevole per la donazione, e che produrrà una sufficiente *tradizione fittizia*, tantochè aggiunge « e la proprietà sarà trasmessa senza bisogno di ALTRA TRADIZIONE ». Ci è anche noto (articolo 938, n. I (862)) che il progetto diceva « senza bisogno d'altra tradizione *tranne quella risultante dal consenso*, e che queste ultime parole furono tolte per essere un pleonasmo del principio dell'articolo. L'art. 1583 (1428) dice che la *vendita*, sarà *perfetta* tosto che le parti saranno d'accordo, a fin di dichiarare che sarà legalmente fatta , e il consenso trarrà seco la tradizione del dritto. Ciò è certo poichè si aggiunse « quantunque la cosa non sia stata rilasciata (realmente e in fatto) » Il *quantunque* non esisterebbe se si trattasse solo della formazione del contratto; perchè non si sarebbe curato di notare che la mancanza di tradizione reale non impedisce che si formi il contratto. È di grande evidenza che la tradizione reale è l' esecuzione del contratto e lo suppone preesistente; è utile dire, e si è detto, che la mancanza di tradizione non impedirà che il contratto si consumi con il trasferimento della proprietà

Sarebbero tolti i dubbi sul senso dato dai compilatori ai termini *vendita perfetta* , *donazione perfetta* , *obbligazione perfetta*, colle spiegazioni date da essi innanzi il Corpo legislativo.

L'uno d'essi, Bigot, diceva sul nostro articolo; « Il consenso *rende perfetta* l'obbligazione di rilasciare la cosa. Non vi è *dunque* bisogno di tradizione *reale*, perchè il creditore *debba essere considerato* come proprietario (Fenet, t. XII, p. 230). In tal modo, la proprietà trasferiscesi immediatamente perchè il consenso rende l'obbligazione di rilasciare *perfetta*, cioè *consumata* e fittiziamente compita; perchè il consenso racchiude in se la finta tradizio-

ne, non vi è bisogno di *tradizione reale*; perchè vi è la tradizione fittizia, e il creditore non sarebbe proprietario secondo i rigorosi principî, si contentan di dire che *sarà considerato* come tale. Tutto ciò è perfettamente logico; nel mentre ognuna di queste idee non avrebbe senso, se per obbligazione *perfetta* il legislatore avesse inteso semplicemente una obbligazione *regolarmente formata*. Altro compilatore, il Portalis, diceva sull'art. 1583 (1428): « Si decide nel progetto, che la vendita è PERFETTA, QUANTUNQUE *la cosa venduta non sia stata ancora rilasciata*. Nei primi tempi era bisogno della tradizione, *della occupazione corporea, onde consumare* il trasferimento della proprietà... Nei principî del nostro dritto francese il *contratto basta... il contratto* È CONSUMATO *tosto che la parola è data*... Il sistema del dritto francese è più ragionevole del dritto romano, è più favorevole al commercio, rendo possibile quel che spesso non sarebbe, *se la tradizione materiale fosse necessaria per render* LA VENDITA PERFETTA. » Ciò è chiarissimo, ma è anche più chiaro quel che segue: « Col contratto si opera UNA SPECIE DI TRADIZIONE CIVILE, *la quale conferma il trasferimento dei dritti*, e ci dà azione *per fare eseguire la tradizione reale* ». (Fenet, t. XII, p. 230, t. XIII, p. 112, 113).

484. Dappoichè il nostro primo paragrafo significa certamente, che col solo consenso l' obbligazione di rilasciare trovasi fittiziamente compita, e perfetto stimasi il rilascio ; il secondo paragrafo quindi significa, che il creditore diventa proprietario *dal momento in cui ha dovuto farsi* o si reputa fatto il rilascio fittizio (cioè la effettuazione del consenso), e quantunque la tradizione reale non sia stata fatta.

Così facendosi una vendita entro il termine di sei mesi, non dovrebbesi dire che il compratore diventi proprietario nel momento in cui la casa *dovrà rilasciarsi* cioè allo spirare dei sei mesi ; avvegnachè qui si tratti, non del momento in cui deve farsi la reale tradizione, ma di quello in cui deve farsi, e di pieno dritto si reputa fatta la tradizione civile che sorge immediate dalla stessa convenzione. Dunque nelle vendite a termine, come nelle altre, il compratore diventa proprietario nel momento del contratto.

V.— 485. Ma se il consenso perfeziona , compisce l'obbligazione di rilasciare, se effettua di pieno dritto e sempre una fittizia tradizione, dichiarata sufficiente, e dopo la quale la tradizione reale non ha nulla da aggiungere per trasferirsi la proprietà, non v'è dunque cosa più sottile, più bizzarra e più falsa della teoria del Codice... Invece di dire semplicemente che la stessa convenzione di dare, l'accordo delle volontà trasmette subito la proprietà e senza tradizione , vedete per qual ordine di idee passano i compilatori per giungere al medesimo fine.

1°. La convenzione di dare crea in pria la obbligazione ; 2° l'obbligazione (di dare) trae con se l'altra di rilasciare , fare la tradizione; 3° il compimento di tale obbligazione, in altri termini la tradizione, trasmette la proprietà; 4° ma tal tradizione non ha d'uopo che sia reale, contenendo il consenso in sè è di pieno dritto una tradizione fittizia, che produce l'effetto istesso; 5° questa tradizione fittizia effettua il trasferimento del dritto reale, allorquando la materiale tradizione non segue la convenzione.

Così procedono i compilatori. Non osando parlare da legislatori, e facendo come ai romani pretori i quali toglievano ad un principio di dritto civile la sua esistenza reale conservandogli la nominale ; hanno essi serbato in teoria, pur sopprimendola nel fatto, la necessità della tradizione. Ed è sì vero che i compilatori, compreso pienamente il bisogno della tradizione , non han saputo togliersi di mente quell' idea nel mentre la rigettavano, e che han creduto seguire e completare l' antico sistema anzichè distruggerlo , che nei lavori preparatori nulla trovasi che faccia allusione su tal punto ad un cangiamento di principî. Invece il Portalis presenta la sua teoria come risultato *dei principî del nostro dritto francese*, ed il Favard nel suo rapporto al Tribunato, dopo avere analizzato il

nostro articolo e dichiarato che « il creditore è proprietario dal momento che il consenso ha formato il contratto » aggiunge che « tali principî sono stati da noi consacrati in ogni tempo » (Fenet, t. XIII, pagina 320).

486. Ma lasciando le sottigliezze dei compilatori e l'ordine delle idee in capo a cui pongono il principio della tradizione, per poi rimandarla alla fine, non è men certo che oggi è il consenso, l'accordo delle volontà, in altri termini la *convenzione* che trasmette la proprietà. Si direbbe invano (come il Codice), che la convenzione crei come effetto diretto l'obbligazione di dare da cui quella di rilasciare, la quale reca in atto con la sua esecuzione fittizia il trasferimento. Tutto ciò è ridicolo quanto inesatto.— Imperocchè l'obbligazione di dare (*dandi*) quand'anche possa derivare, non è distinta da quella di rilasciare: le obbligazioni di dare, rilasciare, trasmettere (quando si vuol trasferire la proprietà) non sono che una sola e medesima cosa. Anche lo stesso Codice, avendo detto nell'art. **1136 (1090)** che l'obbligazione di dare trae quella di rilasciare, riconosce non esservi in ciò due obbligazioni, parlando nello art. **1140 (1094)** dell' obbligazione di *dare* o di *rilasciare* un immobile, e poi nell'art. **1141 (1095)** dell' obbligazione di *dare* o di *rilasciare* una cosa mobile. Ma l'obbligazione di dare o di rilasciare in proprietà, in una parola *obligatio dandi*, nei casi supposti dal Codice, cioè nelle convenzioni che han per oggetto un corpo certo, non può più oggi esistere nè concepirsi..... Se io vi vendo il mio cavallo per 500 franchi, è impossibile che la vendita mi metta nell'obbligo di trasmettervi la proprietà del cavallo, la quale vi è stata trasmessa; non è più nelle mie mani da chè si è tra noi stabilita la convenzione; il solo obbligo a cui son tenuto e a cui io posso esser tenuto, è quello di *rilasciarvi* il cavallo, di farne il rilascio, la consegna materiale, la tradizione reale (art. **1603-1617 (1449-1463)**).

Dunque la proprietà sarà qui trasmessa, non per l'effetto d'una obbligazione (perchè questa è impossibile) ma per lo immediato effetto del contratto. Il Portalis ed il tribuno Favard ci han detto (loco cit.), che « il contratto è consumato col trasporto della proprietà, *tosto che la parola è data* » cioè fermata la convenzione, e che « il creditore è proprietario *tostochè il consenso ha formato il contratto* ». Gli è perciò che abbiam posto il nostro articolo tra gli effetti *delle convenzioni*, e non tra gli effetti *delle obbligazioni*.

1138 (1092), 2ª parte e **1139 (1093)**. — (*Vedi il piccolo quadro del n. 539*).

1140 (1094). — Gli effetti della obbligazione di dare o di consegnare un immobile sono regolati nel titolo della *Vendita*, od in quello dei *Privilegi* e delle *Ipoteche*.

487. Quando i compilatori nell'articolo **1138 (1092)** stabiliscono il nuovo principio del trasferimento della proprietà col solo consenso, con la stessa convenzione, non erano ancor certi dell' effetto che dovrebbe avere in faccia ai terzi; solo per la proprietà delle cose mobili intendevano ammetterlo, assolutamente e sì pei terzi che pei contraenti. Nè ancora sapevano i membri del consiglio, nella discussione del nostro titolo, a qual sistema di trasmissione sottoporrebbero in rapporto da terzi la proprietà degli immobili. Continuerebbe ad aver vigore la legge di brumajo anno VII sotto di cui la proprietà degli immobili poteva opporsi ai terzi con la trascrizione sul registro del conservatore delle ipoteche dell'atto di alienazione? Ovvero abbandonando il sistema di pubblicità della trascrizione si permetterebbe, tanto per gl'immobili che pei mobili, un occulto trasferimento che avesse effetto *erga omnes* col solo consenso? Non essendo d'accordo intorno a tal quistione, si convenne riserbarla a più maturo esame. Il nostro articolo vuole indicare tale rimando dicendo

che l'effetto della obbligazione di trasmettere la proprietà di uno immobile sarà regolato nei titoli *della Vendita e delle Ipoteche*.

Come questo importante punto sia stato stabilito, vediamolo ora.

488. Non fu decisa la quistione nel titolo *della Vendita*. Fu ammesso, come si è visto, non essere necessaria la tradizione, ma non si trattò della trascrizione; fu ammesso che il semplice consenso trasmetterebbe la proprietà nei rapporti tra il venditore e il compratore, ma non si badò ai terzi, a coloro coi quali il venditore potrebbe contrarre dopo aver venduto: « la vendita è perfetta *tra le parti*, dice l'articolo 1583 (1428), e la proprietà è di dritto acquistata al compratore *rispetto al venditore* tostochè si è convenuto della cosa e del prezzo ». La quistione non fu tolta, ma riserbata ancora alla discussione del titolo *delle Ipoteche*.

L'art. 91 del progetto di questo titolo diceva, « che gli atti traslativi di proprietà (immobiliare) non trascritti, non potrebbero opporsi ai terzi i quali avrebbero contratto col venditore »; e l'art. 92 soggiungeva « che l'immobile mercè *la trascrizione* passerebbe al nuovo proprietario... » (Fenet, tom. XV, p. 346).

Con ciò riproducevasi il sistema di pubblicità della legge di brumajo. Ma nella discussione l'art. 91 sostenuto da Treilhard e Toullier, fu vivamente combattuto da Maleville e Tronchet (ibid., pag. 386-391), e poi tolto via dalla sezione di legislazione; di poi nell'art. 92 (divenuto 191, il quale è il 2182 (2076) del Codice) la sezione alle parole; « *l'immobile (mercè la trascrizione) passa* al nuovo proprietario » sostituisce queste, « il *venditore trasmette* al compratore... » (idid., pag. 407). Adottatosi questo ultimo progetto, la necessità della trascrizione fu dunque definitivamente rigettata.*

Dopo promulgato il Codice civile, l'articolo 834 (917) del Cod. di procedura ha nuovamente consacrato il sistema dello assoluto trasferimento della proprietà degli immobili col solo consenso del venditore e del compratore, senza alcun bisogno di trascrizione. Quell'articolo infatti, tuttochè estenda oltre i limiti stabiliti dal Codice civile, il dritto dei creditori ipotecarî di fare iscrivere le loro ipoteche, e permetta che si inscrivano anche dopo la alienazione sino alla trascrizione, e anche nei quindici giorni che la seguono, accorda solo tal facoltà ai creditori *che hanno ipoteca anteriore alla alienazione*.

In tal modo consentita l'alienazione dello immobile, benchè l'atto non sia trascritto, i terzi non possono acquistare dal venditore alcun dritto sull'immobile, in altri termini con la stessa convenzione, col semplice concorso delle volontà si rompie per gl'immobili, come pei mobili, il pieno ed assoluto trasferimento della proprietà. Pu-

* Le nostre leggi civili seguendo le francesi rigettarono anche il sistema della trascrizione secondo la legge di brumaio; e quindi l'art. 2081 venne così espresso: « se taluno venda a due persone lo » stesso fondo in tempi diversi, il primo compra» tore giustificando il suo acquisto con iscrittura » autentica o con atto privato che abbia data cer» ta, sarà sempre preferito al secondo, tuttochè » questi sia stato più sollecito a trascrivere il suo » titolo .. ».

Ma dipoi le nostre leggi ipotecarie, inchinevoli, ad un più largo sistema di pubblicità, han deciso la quistione nel senso della legge di brumajo, come ad evidenza si scorge dalla seguente legge del 31 genn. 1843.

« Volendo rimuovere le dubbiezze incontrate nei » trascritti articoli (cioè 1994, 2015, 2042, 2078 » e 2081 ll. cc.), nel fine di escludere le occasioni » alle liti, di facilitare la conservazione delle ra» gioni ipotecarie, e di garentire i dritti dei terzi.

» Veduti i pareri della Consulta generale del re» gno »;

» Sulla proposizione del nostro ministro segre» tario di Stato di grazia e giustizia »;

» Udito il nostro consiglio ordinario di Stato »;

» Abbiamo risoluto di sanzionare, e sanzioniamo » la seguente legge.

» Art. 1. La redazione dei sopratrascritti artico» li 1994, 2015, 2042, 2078 e 2081 delle leggi ci» vili rimane riformata nel seguente modo cioè:

» Art. 2081. Se taluno venda a due persone lo » stesso fondo in tempi diversi, il primo compra» tore giustificando il suo acquisto con iscrittura au» tentica, o con atto privato che abbia data certa, » sarà preferito al secondo, *purchè questi non sia » stato più sollecito a trascrivere il suo titolo*: » salvo soltanto al compratore che resterebbe e» scluso, il dritto di agire contro il venditore co» me stellionario, e per essere rifatto di ogni dan» no-interesse ».

re tal principio vien derogato nei due casi a noi noti: 1° nelle donazioni tra vivi (art. 939 n. 3 (863)); 2° nelle sostituzioni, anche fatte per testamento (art. 1069 (1019)). Allora la trascrizione è indispensabile affinchè ai terzi si opponga la proprietà.

1141 (1095). — Se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due persone, è puramente mobile, quella fra di esse, cui ne fu dato il possesso reale, sarebbe all'altra preferita, e resterà proprietaria, ancorchè il suo titolo sia posteriore di data, purchè il possesso sia di buona fede.

489. Allorchè il proprietario d'un oggetto mobile lo vende a taluno, e pria di rilasciarlo lo trasmette con frode ad altro individuo cui la consegna, costui perchè messo in possesso resta proprietario della cosa a danno del primo acquirente. Questa è la regola dello articolo 1141 (1095).

Delvincourt, Toullier (IV-61-VII-205) e Zachariae (1, pag. 430) conchiudono sulla disposizione di tale articolo, che il trasferimento della proprietà delle cose mobili compiesi rispetto ai terzi con la reale tradizione, e che il nuovo principio dell'articolo 1138 (1092) non si applica che nei rapporti tra il venditore e l'acquirente. Ma questa dottrina respinta da Demante (II, 573) e da Duranton (X-431), e da noi censurata nell'art. 712, n. I (633), è un errore che di leggieri si dimostra.

Se la proprietà delle cose mobili si trasmetteva rispetto ai terzi solo con la tradizione, il secondo acquirente a cui la tradizione è stata fatta, avrebbe dunque trattato con chi tuttavia era proprietario, ed acquistato validamente, fosse di buona o mala fede. La circostanza che il secondo acquirente non è dichiarato proprietario fino a che il suo possesso è di buona fede, abbatte interamente il sistema da noi combattuto. Si tenterebbe invano di sfuggire tale argomento con dire, che il secondo acquirente messo in possesso diventa infatti proprietario, sia egli di mala o di buona fede, e che nel primo caso la sua proprietà si scioglie reclamandola il primo acquirente, con una specie di azione di rescissione, che sarebbe una applicazione dell'art. 1167 (1020).

Tale interpretazione divinatoria non può del pari sostenersi. Vedremo infatti che la rescissione dell'art. 1167 (1020) non può effettuirsi che nel caso d'insolvibilità del venditore. Or il nostro articolo non richiede affatto, affinchè il primo acquirente tolga la cosa al secondo di mala fede, che il venditore sia insolvibile, nel mentre Pothier scrivendo quando la tradizione era necessaria, spiegava che il primo acquirente non poteva fare rescindere l'acquisto del secondo, se non quando il venditore *non fosse solvibile* al tempo dell'ultimo acquisto (n. 152, 153).

490. Ed intanto il vero senso del nostro articolo, che fu da noi indicato nello art. 712 (633), vien chiaramente dato dell'art. 2279 (2185) di cui il nostro è una applicazione, essendosi in quello stabilito in principio, che per le cose mobili il semplice possesso anche momentaneo, ma di buona fede, fa immediatamente prescrivere.

Se dunque voi siete proprietario del mobile comprato e ricevuto di buona fede da colui che a me lo avea pria venduto, ciò è effetto della prescrizione che infranse il mio dritto di proprietà. Avviene allora quel che avverrebbe se voi aveste comprato e ricevuto da un depositario la cosa che gli aveva affidato.

Il trasferimento della proprietà col solo effetto della convenzione e senza bisogno alcuno di tradizione, si applica adunque, rispetto anche ai terzi, tanto ai mobili che agli immobili (1).

1142 (1096) e seg. — (*Vedi il piccolo quadro del n. 339*).

(1) *Conf.*, Bourges, 25 gen. 1841 (Dev., 41, 2, 64).

SEZIONE VI.

DEGLI EFFETTI DELLE CONVENZIONI RIGUARDO AI TERZI

1165 (1118).—Le convenzioni non hanno effetto se non fra le parti contraenti: esse non pregiudicano nè giovano ai terzi, fuorchè nel caso preveduto nello articolo 1121 (1075).

491. Le convenzioni in principio non possono nè profittare, nè nuocere ai terzi, ma solo hanno effetto per noi o pei nostri aventi-causa, eredi, donatari, compratori, creditori, ec. Allorquando con una convenzione io accresco o diminuisco il mio patrimonio, voi se diventate mio erede, mio rappresentante universale, soffrirete al par di me lo scemamento, ovvero vantaggerete dello aumento che dal mio contratto è venuto: così anche se vi fo mio legatario universale, o a titolo universale. Se io vi vendo uno immobile sul quale vi avea prima conceduto una servitù, questa avrà il suo effetto contra di voi; viceversa, profitterete della servitù attiva che io avessi stipulato. Se vi trasporto un credito da me acquistato, voi ne profitterete, e al contrario voi siete obbligato a soddisfare la obbligazione da me contratta, dove ne abbiate accettato il carico. In questi vari casi voi non siete un terzo, uno estraneo, ma il mio rappresentante con qualunque titolo, colui che mi sostituisce, il mio avente-causa, *habet meam causam*. Non ricordiamo qui che una persona non è un terzo rispetto al suo mandatario, o al suo gestore di affari; facendo una convenzione in vostro nome, voi stesso l'avete fatta per mio mezzo, io sono il vostro strumento.

Il nostro articolo indica il caso dell'articolo 1121 (1075) come eccezione alla regola che le convenzioni non giovano ai terzi. Abbiamo in fatti veduto che secondo quello articolo io posso fare come condizione di una donazione che a voi fo, ovvero d'una convenzione fatta con voi, una stipulazione in vantaggio di altri che non potrebbe essere più revocata quando questi avrà dichiarato di volerne profittare.

Questi non è il mio mandante; nemmeno il mio avente-causa, ed il mio dritto non può passare da me a lui, ma egli lo ha direttamente. Egli è dunque realmente un terzo, e si avvantaggia del contratto. La è questa una vera eccezione al principio del nostro art. 1165 (1118).

Pothier notava ancora con ragione il caso dello accordo come eccezione al nostro principio. In vero, l'accordo consentito con un debitore dal più dei suoi creditori lega quelli in minor numero che si sieno negati (C. com., art. 507 (511)), sebbene non sieno nè i mandanti nè gli aventi-causa degli altri, ma terze persone. Il Codice che ha creduto non dover parlar di cotesta ben reale eccezione, ci presenta a torto come eccezionale la disposizione dei due seguenti articoli.

1166 (1119).—Nondimeno i creditori possono esercitare tutti i dritti e tutte le azioni del loro debitore, eccettuate quelle che sono esclusivamente personali. *

* I creditori, ove facciano esperimento delle ragioni del lor debitore, ai termini dello art. 1119 delle leggi civili, incontrano ostacolo in tutti quegli atti che stanno contra al medesimo; qualora poi intendono agire nel proprio nome, debbono far uso dell'azione di frode, ove ne sia il caso (articolo 1120); la qual azione vuol essere formalmente dedotta e giudicata. C. S. di Napoli, 4 luglio 1850.

Debitor debitoris mei debitor meus est. E non è vietato riportarsi alla somma del proprio credito e non a quella del credito del proprio debitore contra il terzo. C. S. di Napoli, 8 nov. 1851.

SOMMARIO

I. Questa regola è conseguenza degli art. 2092 e 2093 (1962 e 1963) e non deroga al precedente articolo. — Con quali condizioni il creditore può agire. Deve farsi surrogare al debitore. Discordanza fra la Corte Suprema, e gli scrittori.
II. Che cosa intende la legge per dritti esclusivamente annessi alla persona? Confutazione della dottrina di Toullier.

I. — 492. Gli art. 2092 e 2093 (1962 e 1963) dichiarano, che « chiunque si obbliga, è tenuto sopra tutti i suoi beni mobili ed immobili, presenti e futuri » che « i beni del debitore sono la garenzia dei suoi creditori, ed il prezzo si comparte fra essi ». Qualunque creditore pertanto, dove non si adempia alla esecuzione, ha dritto di agire sopra tutti i beni del debitore per conseguire il denaro che è l'oggetto del suo credito, o deve servirgli per danni ed interessi. Or i debiti e le azioni di una persona, provengano da convenzioni, o da altra causa, fan parte del suo patrimonio. I creditori quindi avranno la loro garenzia sopra tali crediti ed azioni, del pari che sopra gli altri beni del debitore; e per pagarsi potranno sperimentare gli uni e le altre. Con ciò alla fine non si deroga al principio, che le nostre convenzioni non giovano ai terzi. Imperocchè il creditore che profitta della mia convenzione, esercitando il dritto, o l'azione che da quella deriva, non è un terzo, ma il mio aventecausa, avendo un dritto di garenzia sopra tutti i beni che costituiscono il mio patrimonio: *habet meam causam*, egli mi rappresenta, e partecipa con me alla proprietà di tutto il mio, onde ottenere il suo patrimonio.

Allorquando il mio debitore è egli stesso creditore di Paolo, e venuto il tempo in cui dovea pagarmi il credito, non adempie, io potrò agire in nome suo contro di Paolo. Quando il mio debitore ha venduto un immobile col patto della ricompra (art. 1659 (1505)), io potrò sperimentare da me la azione della ricompra, acciocchè la cosa rientri nel patrimonio del debitore, e si venda a miglior prezzo. Tranne la eccezione, di cui parleremo, si possono esercitare tutti i dritti e le azioni di un debitore.

493. Il creditore non può esercitare il dritto o l'azione, se non quando il credito sia corso, il debitore non lo abbia soddisfatto, e costui si neghi ad esercitare il dritto o l'azione, onde non trarne vantaggio il creditore. Ma in questo medesimo caso, il creditore potrà agire direttamente, ovvero dovrà domandar l'autorizzazione dal magistrato, se il debitore non gli cede il suo dritto, o non lo fa mandatario per agire? La Corte di cassazione ha deciso del no, ritenendo che il nostro articolo permetta al creditore di agire *de plano*, e senza bisogno di surrrogazione, mentre tutti gli scrittori indistintamente seguono la contraria sentenza. Egli è pur da notare che Demante, il quale pone soltanto in quistione e non risolve tutti i punti dubbi (rimandando per lo scioglimento al suo corso orale) dice qui nettamente : « *Bisogna* non vedere in ciò il potere immediato d'impadronirsi dei dritti e delle azioni del debitore.... *Egli è evidente* che l'esercizio diretto dei dritti e delle azioni, se il debitore non li cede, non può passare ai creditori che per una sentenza » (1).

In questo sì profondo conflitto fra la giurisprudenza e la dottrina, la verità secondo noi, è professata da quest'ultima; e il bisogno di una surrogazione convenzionale o giudiziaria ci sembra sorgere chiaramente o dai principi generali, o dalle tradizioni storiche. — Il nostro articolo 1166 (1119),

(1) Rig., 23 gen. 1849; Rig., 2 giugno 1851 (Dev., 49, 1, 193; 51, 1, 593). — Contra: Proudhon (*Usufr.*, IV-2237 e 2238); Rolland de Vill. (*Rép.*, *Dr. person.*, n. 28); Demante (*Prog.*, II-506); Dalloz (*Diz.*, *Obbligaz.*, num. 769); Zachariae (II, p. 332).

che permette al creditore di esercitare direttamente e da sè, i dritti del suo debitore, non stanzia una regola a parte, ma invece applica il principio generale degli art. 2092, 2093 (1962, 1963) i quali dichiarano che *chiunque si obbliga, obbliga i suoi beni, che i beni dei debitori sono la garenzia dei suoi creditori*. I dritti e le azioni di un debitore che fan parte del suo patrimonio, nè più nè meno che gli altri beni, sono risponsabili dei suoi debiti, e quindi il creditore non ha maggiori o minori diritti sugli uni che sugli altri. Dunque poichè il dritto di garenzia imperfetto conferito dagli articoli 2092, 2093 (1962, 1963) dà soltanto al creditore la facoltà di farsi autorizzare dal magistrato a prendere i beni, affinchè si paghi, pei dritti e le azioni, cotesta sola facoltà deriva dal nostro articolo 1166 (1119); e il creditore quindi non potrà direttamente agire da sè, non essendovi cessione del debitore, se non quando vi è autorizzato per sentenza. E che il nostro articolo applichi il principio degli articoli 2092 e 2093 (1962, 1963) ben sorge dalla esposizione medesima dei motivi. In essa è detto, che: « se i creditori debbono essere ammessi ad agire direttamente, gli è che colui il quale contrae debiti, obbliga tutti i suoi beni, e sarebbe illusoria la sua garenzia, se egli trascurasse di esercitare i suoi dritti (Fenet XIII, pag. 238)) ».

Questa è stata sempre la dottrina del dritto romano, e del nostro antico dritto. In Roma, il creditore che volea esercitare le azioni o i crediti del suo debitore, era sempre costretto a chieder l'autorizzazione dal giudice, o dal preside della provincia (L. 2, *Cod. Quando fiscus*; *Dig.*, *leg.* 15 *de re judic.*). Pothier nelle sue Pandette presenta queste regole come tutte naturali. Lebrun dice anche, che « un creditore può esercitare i dritti del suo debitore, *e farsi per ciò surrogare* (*Succ.*, l. II, cap. 2, sez. 2, 42) ». Denizart spiega parimente che « i dritti e le azioni che appartengono al debitore, *essendo parte dei di costui beni*, possono esercitarsi dai creditori, *il che avviene* con una specie di surrogazione (alla parola *Creance* § 2, 7) ». Finalmente Maleville, uno di quelli che compilarono l'articolo presente, indica come a comentario le due leggi romane sopra citate, e la sezione di Lebrun, di che emerge che il legislatore del 1804 voleva qui riprodurre la regola del nostro antico dritto, e del dritto romano.

II.—494. La legge, che permette al creditore di esercitare tutti i dritti del debitore, ne eccettua quelli *esclusivamente personali*; ma è molto difficile determinare a che si estenda la eccezione, e dichiarare nettamente ciò che intende qui la legge per dritti esclusivamente personali.

I nostri dritti sono o puramente morali, o puramente pecuniari, o morali e pecuniari insieme. I dritti puramente morali non possono certamente esercitarsi dai creditori di colui cui spettano. Io non posso esercitare il dritto di correzione che ha il mio debitore sopra i suoi figli, il diritto di consentire al loro matrimonio, il dritto di un marito a domandare la separazione di persona, ecc. ecc. Egli è vero che l'azione di nullità assoluta del matrimonio può essere esperimentata da tutti coloro che hanno interesse perchè si annulli, e quindi dai creditori (ad esempio, per toglier di mezzo l'ipoteca legale della moglie del debitore). Ma i creditori allora non esercitano il dritto del loro debitore, nè si applica il nostro articolo; essi esercitano un dritto proprio, che la legge conferisce in tal caso al maggior numero di persone che si può, affinchè più sicuramente si possa impugnare il matrimonio annullabile (art. 184, 191 (TT)).

Al contrario, i dritti puramente pecuniari, che non debbono riguardarsi come esclusivamente personali, possono essere esercitati dai creditori. Pure ve ne ha di tali che la legge rigorosamente attacca alla persona. Così i dritti di uso e di abitazione debbono essere sempre esercitati dal titolare (art. 631, 634 (556, T)); il retratto successorio da uno dei condividenti, e non dai suoi aventi-causa estranei alla successione (art. 841 (760)); le pensioni alimentarie, almeno in principio, non pos-

sono essere sequestrate dai creditori (articolo 581, 582 Cod. proc. (671, 672)); i creditori d'una donna maritata non possono senza il consenso di lei domandare la separazione dei beni (art. 1446 (1410)).

I diritti che sono in uno morali e pecuniari, potranno secondo i casi essere o pur no esercitati dai creditori. Così la quistione se le azioni di reclamo di stato possano essere esercitate dal creditore, quistione da Toullier decisa affermativamente (VI-372), e in senso opposto da Duranton (X-562), ci sembra doversi risolvere con una semplice distinzione. Se i creditori intendessero reclamare *principaliter* lo stato civile del debitore, la loro domanda sarebbe tutta morale, e non potrebbero farla; ma se chiedono danaro, beni, se sperimentano un'azione di petizione di eredità, e a giustificare la loro domanda indicano e dimostrano lo stato del loro debitore, non potrebbe respingersi la loro domanda puramente pecuniaria. Era questa la dottrine di d'Aguessau (*sesta arìnga*). — L'azione di non riconoscenza puramente morale, e quindi esclusivamente personale, se può esercitarla il marito, diventa piuttosto pecuniaria pei suoi successori (art. 317, numero I (239)), e può essere esercitata dai loro creditori. — Le azioni di revoca di donazione per ingratitudine, e di danni ed interessi per delitti commessi contro la persona, sebbene abbiano un interesse pecuniario e insieme morale, e possano esser cedute volontariamente ad un terzo, non potranno nondimeno essere esercitate dai creditori in forza del nostro articolo, e contro il volere del debitore, potendo le azioni di riparazione d'ingiuria estinguersi col perdono dell'offeso.

495. Vi ha due classi di diritti puramente pecuniari, che debbono esercitarsi nel silenzio della legge dai creditori giusta il nostro articolo, sebbene Toullier ciò non consenta (VII, 566 e 567). Ciò sono: 1° le azioni di nullità fondate sulla lesione, l'errore, la violenza, o il dolo, 2° le eccezioni che la legge in materia di fidejossione chiama puramente personali al debitore, come la minore età (art. 2012, 2036 (1884, 1908)).

Per le une, dice Toullier che il debitore solo può conoscere se sia stato leso, costretto con violenza, ecc; ma ciò importa per fermo confondere il diritto di esercitare l'azione coi mezzi di giustificarla: la domanda dei creditori sarebbe respinta, se non provano abbastanza l'errore, la violenza, il dolo, la lesione che allegano, ma se ne facessero la prova, perchè mai non sarebbero ascoltati (1)?

Per le seconde, Toullier fondandosi specialmente sui termini degli artic. 2012, 2036 (1884, 1908) i quali dichiarano *puramente personali* all'obbligato le eccezioni, o cause di nullità di cui trattasi; pretende che vi sarebbe sottigliezza e abuso di parole, nel dire che tali termini non indichino la medesima idea che quelle del nostro articolo *esclusivamente personali*. Una decisione di Grenoble (del 2 ag. 1827) ha giudicato nel senso medesimo. Ma questo secondo sistema non meno che il primo non può sostenersi, e qui il celebre professore fa abuso di parole. La qualificazione di eccezione *puramente personale* all'obbligato, è affatto speciale alla materia della fidejussione, e non ha rapporto alcuno col nostro articolo.

Le personali eccezioni sono quelle riguardanti soltanto la persona del debitore, e non possono essere opposte dal fidejussore a differenza delle eccezioni reali, le quali provengono da un vizio dello stesso debito (come la violenza), e possono essere opposte da qualunque individuo a cui domandasi il pagamento.

Contraendo io con un minore, e avendo avuto la cura di farvi mallevare il suo debito, appunto forse per la sua minore età, è chiaro che non potete prevalervi di questa per dire che non siete obbligato; il solo minore può parlare in tal modo, ed è solamente in tal senso che la eccezione gli è personale. Ma non perchè l'eccezione è puramente personale al de-

(1) *Conf.*, Merlin (*Quest.*, *Ipot.*, II); Duranton (X-562), Zachariae (II, p. 338).

bitore rispetto ai suoi fidejussori, ne segue che tale sia pure rispetto ai suoi creditori... Gli è un dritto puramente pecuniario, una sostanza del debitore; e possono quindi evidentemente esercitarlo i creditori che hanno il dritto della garenzia sopra tutti i beni del debitore. La nostra dottrina ammessa da decisioni posteriori a quella di Grenoble, è abbracciata da tutti gli scrittori (1).

1167 (1120). — Possono pure in loro proprio nome impugnare gli atti fatti dal loro debitore in frode delle loro ragioni.
Debbono nondimeno, riguardo ai diritti enunciati nel titolo *delle Successioni*, e nel titolo *del contratto di matrimonio e dei diritti degli sposi* conformarsi alla regole che ivi sono prescritte.*

SOMMARIO

I. Azione pauliana o revocatoria. Il Codice ne stabilisce soltanto il principio, e per le peculiarità rimanda implicitamente al diritto antico.
II. Bisogna che l'atto abbia determinato o accresciuto la insolventezza del debitore, e che il debitore l'abbia fraudolentemente compito, anche negli atti gratuiti. Dissenso da Duranton e Zachariae.
III. L'azione non è ammessa contro gli atti pei quali il debitore ha trascurato soltanto di acquistare.
IV. È anche necessario che vi sia frode in colui con cui il debitore ha trattato? Distinzione. Quid di un sotto-acquirente? Errore di Zachariae.
V. Se la frode si è consumata mercè una sentenza, i creditori agiscono colla opposizione di terzo.
VI. I creditori posteriori all'atto profittano della sua revoca; ma non possono farlo rivocare, tranne che non sia stato fatto contro di loro. Recente decisione.
VII. L'azione vive per 30 anni; errore di Toullier e Duranton.

I. — **496.** Gli art. 2092 e 2093 (1962, 1963) concedono ai creditori qualunque sieno, un dritto di garenzia su tutti i beni del loro debitore, la quale esiste, fintanto che quei beni appartengono al debitore, e svanisce tosto che escono dal suo patrimonio. Niun testo del Codice concede al creditore puro e semplice il dritto di farsi pagare sui beni che sono stati del suo debitore; tal dritto, tal facoltà di perseguire la cosa del debitore, già alienata nelle mani dei terzi acquirenti, esiste nel solo caso del privilegio, o della ipoteca.

Per cotesta imperfetta indole che ha la garenzia, i creditori erano a discrezione del loro debitore, il quale con fraudolenti alienazioni avrebbe potuto sempre far venire meno la garenzia. Il dritto romano impedì tal pericolo col permettere, che i creditori facessero annullare tutti gli atti fatti in pregiudizio dei loro dritti; regola ammessa dall'antica nostra giurisprudenza, e riprodotta nel nostro art. 1167 (1120). L'azione accordata ai creditori chiamavasi in Roma e spesso anche oggi nella dottrina, *azione pauliana* dal nome del pretore che l'introdusse.

È stato solamente stanziato il principio

(1) Bastia, 20 mag. 1836; Rouen, 9 gen. 1838; Devill., XXXV, 2, 27; XXXVIII, 2, 110; Delvincourt, Merlin (*loc. cit.*); Proudhon (*Usufr.*, n. 2347); Duranton (X-561); Dalloz, *Obblig.*; Zachariae, II, pagina 339).

* Ciascuno dei creditori del marito può opporsi alla sentenza di separazione di beni; nè il giudicato profferito nello interesse di uno nuoce all'altro, ancorchè la opposizione si fondi su motivi identici. C. S. di Napoli, 8 luglio 1819.

— Il creditore il cui titolo è posteriore alla vendita fatta dal suo debitore, non può essere ammesso ad impugnare di frode la vendita istessa. C. S. di Napoli, 3 agosto 1830.

— Il creditore che non ha rinnovata la iscrizione della ipoteca, non è perciò impedito d'impugnare di frode l'atto del suo debitore col quale alienando l'immobile ipotecato si rende insolvibile. C. S. di Napoli, 11 novembre 1851.

— Un creditore senza provare il consiglio di frodare, ed il danno non si può opporre all'accettazione fatta dal debitore, a favore di altro creditore, di una condanna in forza di sentenza contumaciale soggetta a perenzione. C. S. di Napoli, 4 dic. 1852.

della azione pauliana senza alcuno sviluppamento intorno alla sua natura ed ai suoi effetti; i compilatori si sono riportati per le peculiarità alle regole del dritto romano, ammesse dalla pratica universale del nostro dritto francese. Dunque il sistema di questa azione rivocatoria dovremo attingerlo nel dritto romano.

II. — 497. Perchè l'atto possa essere rivocato, è necessario che abbia recato pregiudizio al creditore, e sia stato fatto con frode.

Bisogna dapprima, che l'atto abbia recato pregiudizio al creditore, cagionando o accrescendo la insolventezza del debitore; avvegnachè se questi fosse poi divenuto insolvibile, la perdita sarebbe cagionata non più dall' atto, ma da questa o quell' altra particolare circostanza.

Oltre a ciò fa d' uopo che siavi frode del debitore, cioè che egli abbia compito l'atto, conscio del pregiudizio che recherebbe al suo creditore, o della sua insolvibilità. La frode, la conoscenza che ha il debitore della sua insolvibilità, è necessaria non solo negli atti a titolo oneroso, ma eziandio in quelli di beneficenza, ed anche negli atti puramente unilaterali, e che non chiedono un concorso di volontà, come la rinunzia del debitore allo usufrutto che gli appartiene, o ad una eredità a lui devoluta.

Duranton (X-577) e Zachariæ (II, pagina 345) rigettano quest'ultima idea, pretendendo che il Codice abbia voluto allontanarsi dai principî del dritto romano, e permettere l'annullamento degli atti *gratuiti* per il solo pregiudizio, senza che vi sia stata frode del debitore. Ma non ci sembra potersi ammettere cotal dottrina. Primieramente, non solo il dritto romano, ma anche il nostro dritto francese volevano la frode anche negli atti gratuiti (Pothier, *Consuet. d'Orléans*, tit. 15, numero 67; *Succ.*, cap. 3, art. 1, par. 2 al 5). Ora i principî di cui i compilatori erano imbevuti, non sarebbero stati mutati senza discussione od osservazione; eppure dai lavori preparatori non si scorge che si volesse far mutamento, anzi, come vedremo, indicano piuttosto il contrario.

Si oppongono alcuni articoli (622, 788 (547, 765) nei quali la legge permette che si annullino le rinuncie, non parlando che del solo *pregiudizio*. Ma noi abbiamo già veduto che in un altro articolo (1464 (T)) ov'è preveduto un simigliante caso, si vuole la frode, per modo che i compilatori negli articoli precedenti al nostro parlarono del pregiudizio, senza spiegare se debba o pur no provenire dalla frode, per riserbare la quistione e deciderla nel nostro capitolo che era il suo luogo. Ciò ci sembra provato da una circostanza dei lavori preparatori.

Nelle sue osservazioni il tribunale di cassazione voleva che la frode non fosse dichiarata necessaria per gli atti gratuiti; e la sezione di legislazione accogliendo in parte cotesta idea, aveva aggiunto ai tre articoli della nostra sezione un quarto, dichiarando, che non sempre basterebbe il semplice fatto del danno, ma nel caso della rinunzia del debitore o ad una eredità, o ad una donazione precedentemente da lui accettata (Fenet, t. XII, pag. 12). Ma questo articolo è stato soppresso, dal che sorge che il legislatore ha voluto seguire gli antichi principî, ammettendo l'azione rivocatoria contra gli atti fraudolenti (1).

III. — 498. L' articolo soppresso prova pure un punto intorno a cui non potremmo accostarci a Zachariae.

Il professore tedesco insegna (II, pagina 342) che il Codice, a differenza del dritto romano, ammette l'azione rivocatoria dei creditori, non solo contro gli atti con cui il debitore scemi il suo patrimonio, ma pur contro quelli con cui trascuri di accrescerlo. Ciò ci sembra inesatto. Il nostro dritto francese è vero permette che i creditori impugnino la rinunzia fatta dal debitore ad una eredità; cosa non consentita dal dritto romano; ma ciò si attiene al mutamento del principio intorno agli effetti della accettazione dell'eredità.

(1) *Conf.*, Toullier (VI-348); Proudhon (*Usufr.*, X-2353); Grenier (I-93); Bordeaux, 13 febbraro 1826.

In Roma gli eredi erano o necessari o esterni. Lo erede esterno, quello cioè che non era sotto la potestà del defunto, diveniva erede e proprietario dei beni mercè l'adizione, ossia con l'accettazione della eredità; il suo ripudio non gli toglieva quindi i beni, ma gli impediva che li acquistasse, dimodochè esso non facea sminuire il patrimonio, nè dava luogo all'azione pauliana. Lo erede necessario era erede e proprietario di pieno dritto, e per il solo fatto della morte, restandovi per forza nè potendo rinunziare la eredità; cotalchè non poteva mai farsi annullare una rinunzia fatta da lui (1). Da noi invece ogni erede è libero di rinunziare, e diventa proprietario pel solo fatto della morte del suo autore, di modo che la rinunzia è sempre uno scemamento del patrimonio, e quindi dà luogo all'azione rivocatoria (art. 724 e 785 (644 e 702)).

Dunque dall'ammettere che fa il nostro dritto la revoca in tal caso, non puossi inferire che sia autorizzata nei casi in cui il debitore abbia trascurato soltanto di acquistare. Il contrario viene provato dall'articolo che esisteva nel progetto, poichè, ammessa la revoca contra la rinunzia ad una eredità, non la ammetteva contra la rinunzia fatta ad una donazione, se non quando *sia stata precedentemente acquistata*; di modo che il debitore avrebbe abbandonato beni che già gli appartenevano.

In vero, come dire che un debitore abbia frodato i suoi creditori e distrutto la loro garenzia, quando abbia trascurato soltanto di acquistare altri beni? Si dirà con Zachariae, che gli articoli 2092 e 2093 (1962 e 1963) stabiliscono la garenzia del debitore *sui beni futuri* del debitore come sui presenti, e quindi egli la sminuisce non volendo acquistare beni futuri? Ma è questo un abuso di parole. Gli art. 2092 e 2093 (1962 e 1963) significano semplicemente, non già che il dritto di pegno cade sopra i miei beni futuri, ma che il dritto di garenzia del mio creditore cade immediatamente sopra i beni che mi appartengono nel giorno in cui nasce la mia obbligazione, e secondo che vada acquistandone sopra quelli che poi mi apparterranno. Ma siccome la cosa divien vostra garenzia entrando nel mio patrimonio, voi quindi non potete dire che essa vi viene sminuita perchè io rifiuti di acquistare alcuna cosa.

IV. — 499. Ma può ammettersi sempre l'azione pauliana contro l'atto che ha scemato il patrimonio, e ha reso insolvibile il debitore, o accresciutane la insolventezza, e che dal debitore si è compito con frode? oppure bisogna indagare se vi sia stata ugualmente frode in colui con cui il debitore ha contratto?..

Bisogna qui far la distinzione che noi abbiam di sopra respinto, tra gli atti gratuiti, e gli atti a titolo oneroso. Se è un atto gratuito, una rinunzia all'eredità, per esempio, o ad una donazione, potrà essere annullato, quantunque il donatario o l'erede a cui tornava a profitto la rinunzia, non abbia commesso frode alcuna, e del tutto ignorato il torto che l'atto poteva recare ai creditori; ma se è un atto a titolo oneroso, non può annullarsi, se non quando il terzo sia stato complice della frode del debitore, *conscius fraudis*. Erano questi i principii del dritto romano, e del nostro antico dritto (Dig., l. 42, t. 8, 6, § 11, 7. Pothier loc. cit.; e son pur quelli del Codice in cui non si sono spiegate le particolarità dell'azione pauliana, per conservare le regole precedentemente ammesse. Questa regola del resto è tanto conforme alla ragione, quanto al dritto positivo, perchè se non vi ha motivo a preferire il creditore al terzo, quando entrambi lottano per ischivare una perdita, è invece semplicissimo anteporlo a un terzo che voglia fare un guadagno. Tale era anche la dottrina di tutti gli scrittori, e di tutte le decisioni.

499 *bis*. Ma che cosa decidere, se lo

(1) Egli poteva soltanto ottenere il beneficio *abstentionis* (se figlio di famiglia) ovvero il beneficio di *separazione* (se era uno schiavo) onde evitare i procedimenti che i creditori ereditari avrebbero senza di ciò esercitato sopra i suoi beni personali. *Instit. Justin.*, L. II, t. 19.

acquirente soggetto all' azione revocatoria abbia trasferito la cosa a un sotto-acquirente?... Niuna difficoltà, se il nuovo detentore abbia acquistato a titolo gratuito; semplicissimo era dar la preferenza al creditore per la ragione di sopra indicata. Ciò avean fatto il dritto romano, e il nostro antico dritto, e lo stesso è al presente.

Ma non si è più d'accordo, se il sotto-acquirente sia a titolo oneroso. Proudhon (*Usuf.*, 2412) e Duranton (X-582) c'insegnano, che non possa essere spogliato, se non quando è stato complice della frode; Zachariæ al contrario, che debba esserlo in tutti i casi (II, p. 348, nota 25).

Non sapremmo seguire quest'ultima idea; e la opinione di Proudhon, e Duranton ci sembra incontrastabile. Era essa altre volte formalmente ammessa (Dig., l, 42, t. 8-9; Domat, l. 2, t. 19, sez. 1, n. 3), ed in questa materia il Codice non ha cangiato gli antichi principi. — La contraria dottrina sarebbe inconseguente ; poichè se un primo acquirente a titolo oneroso, esente di frode, non può essere molestato essendo in sicuro per la sua buona fede, come quella d'un sotto-acquirente non produrrebbe lo effetto medesimo? forse nell'uno come nell'altro caso, il creditore e l'acquirente non lottano entrambi *de damno vitando*? forse il primo acquirente pubblicamente investito dei dritti del debitore non deve considerarsi come se abbia ricevuto mandato di lui per alienare la cosa, e confermatasi l'alienazione che il debitore avrebbe fatta per mezzo d'un mandatario, come annullare quella fatta da un primo acquirente suo avente-causa?

S'invocherebbe invano il principio di non potersi trasmettere i dritti che non si hanno, per dire che il primo acquirente avendo soltanto una proprietà revocabile dai creditori, non ne abbia potuto trasmettere una irrevocabile. Un tal principio non è da applicarsi nello acquisto a titolo oneroso, e di buona fede, dappoichè il debitore la cui proprietà non può alienarsi in pregiudizio dei creditori, conferisce anche con frode agli acquirenti a titolo oneroso e di buona fede, una proprietà irrevocabile (1).

V.—500. Se la frode del debitore stesse nel lasciare che si pronunzii contro lui (per connivenza coi suoi avversari) una sentenza a costoro favorevole, avrebbero sempre i creditori l'azione revocatoria, e l'eserciterebbero impugnando la sentenza colla opposizione di terzo (art. 474 Cod. proc. (538)). I creditori infatti possono *opporsi* a tal sentenza loro contraria, sostenendo essere *terzi* quanto alla sentenza, e non essere stati rappresentati, perchè se un debitore rappresenta necessariamente i suoi creditori nelle sue liti, e perde e guadagna per loro come per se, è chiaro che ei cangiasi in loro avversario, e non è più rappresentante se condannato per frode.

VI. — 501. Gli è un punto molto delicato il conoscere se i creditori che tali son divenuti dopo l'atto fraudolento (e che quindi non possono impugnarlo, non essendosi fatto in frode dei loro diritti), possano pur nondimeno profittare della revoca che sulla dimanda dei creditori antecedenti sarebbe pronunziata.

Duranton (X, 574) risponde del sì, appoggiandosi sopra coteste due idee : 1° che l'azione revocatoria fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore, e 2° che rientrati i beni nel patrimonio, tutti i creditori vi hanno un dritto uguale, salvo il caso di privilegi o d'ipoteche, non essendo ammessa tra creditori altra causa di preferenza (artic. 2093, 2094 (1963, 1964)). — Altri giureconsulti sostengono del no, dicendo che l'azione non fa rientrare i beni nel patrimonio del debitore. Secondo essi, i creditori non fanno annullare l'atto del loro debitore, ma esercitano contro i terzi un *dritto di ipoteca* che risulta dalla loro garenzia, cioè essi perseguono nelle mani dei terzi i beni appartenuti al loro debitore onde farsi paga-

(1) Questo principio oltrecchè da parecchie decisioni (Parigi, 11 luglio 1829; Rig., 24 marzo 1830) è stato anche consacrato (siccome l'altro del numero 502) da una decisione di cassazione del 2 febbr. 1852, e fu allora che il primo avvocato generale Nicias Gaillard si è degnato di leggere alla Corte le nostre spiegazioni sull' azione pauliana (*Gazette des trib.* e *Le Droit* del 3 febbr. 1852).

re sul prezzo, senza che quelli cessino di appartenere ai terzi.

Quest'ultimo principio è inesatto; la garenzia di cui è discorso non contiene il dritto di ipoteca in principio per sua natura; e se potesse produrlo sarebbe per eccezione nel caso speciale della frode, poichè allora soltanto i creditori possono reclamare dopo alienata la cosa; ma fuori un tal caso, l'alienazione fatta dal debitore annulla la garenzia dei creditori. Ma se la garenzia, quale l'ha fatto la legge, vien conferita dagli articoli 2092 e 2093 (1962, 1963) non contiene dritto di ipoteca, come nascerebbe esso per la frode? forse tal circostanza può cangiare la natura della garenzia? Fa d'uopo cercare altra teoria, che è molto semplice...

La garenzia dei creditori esiste sui beni che presentemente appartengono al debitore, e cessa coll'alienazione. Ma se questa è fatta fraudolentemente, allora siccome *fraus omnia corrumpit*, il creditore può farla annollare, e questa sendo come non avvenuta, la cosa è rimasta nel patrimonio del debitore, e il dritto di garenzia del debitore non ha cessato di esistere. Come dubitare della esattezza di tal teoria, allorchè il dritto romano (seguito in tutta questa materia dalla nostra giurisprudenza francese) l'ha esposto nei termini più formali? *Si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus ex sententia præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere,* ID EST DICERE EAM REM TRADITAM NON ESSE, *et ob id* IN BONIS DEBITORIS MANSISSE (*Inst.*, l. 4, t. 6, § 6).—Riconosciamo con Duranton, che per l'azione pauliana si fa legalmente rientrare la cosa nel patrimonio del debitore; e siccome nessun testo ci autorizza a dire che vi rientra solo relativamente a tali creditori, pensiamo con quel dotto professore, che i posteriori creditori, i quali non possono far pronunziare la revoca, potranno profittarne se sia ottenuta da altri. Col principio che la cosa rientra nel patrimonio del debitore, abbiamo anco deciso che il terzo a cui la revoca non toglie la cosa, non abbia alcun regresso. (V. la spiegaz. degli art. 622 e 788 (547, 705)).

502. Nel dire che la revoca può esser soltanto chiesta da coloro che eran creditori nel momento che si faceva l'atto, parliamo dei casi ordinari, supponendo che l'atto sia stato fatto per frodare i creditori presenti. Ma se l'atto si fosse fatto per frodare quelli con cui si volea appresso contrarre, i posteriori creditori potrebbero farlo annullare, perchè appunto contro di loro quella frode sarebbesi commessa: *fraus omnia corrumpit*. Ciò lo abbiamo detto in una consulta del 12 agosto 1850 in cui confutammo una contraria decisione di Rennes, che fu cassa dalla decisione citata nella nota precedente del 2 febbraro 1852.

VII. — 503. È controverso in qual termine debba essere sperimentata l'azione pauliana. Toullier ci dice, che il termine sarà determinato dal giudice secondo le circostanze. Ma questo è molto arbitrario e da non ammettersi. Duranton (X 585) dichiara che la azione si prescrive in dieci anni, ma gli è certo dai termini stessi dell'art. 1304 (1258), che desso è scritto per l'azione di nullità intentate dalle parti contraenti, che quindi l'azione pauliana è soggetta alla regola generale dell'art. 2262 (2169) e deve durare trent'anni contando dal giorno in cui si è compito l'atto fraudolento (1).

1168 (1121) e seg. — *(Si trovano appresso dopo il cap. III, n. 541).*

(1) *Conf*, Proudhon (*Usuf.*, n. 2401); Zachariae (II, p. 319); Duvergier (*sopra Toullier*); Parigi, 11 giugno 1823; Rig., 24 marzo 1830; Tolosa, 15 gennaro 1834; Rig., 3 agosto 1840 (Dev., 34, 2, 298; 41, 2, 16).

SECONDA PARTE DEL CAPITOLO III.

DELL' EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE II.

(Art. 1137, 1138 in parte e 1139 (1091, 1092 in parte e 1093)).

504. Spiegati (n. 477) gli art. 1136, 1138 in parte (1090, 1092), 1140 e 1141 (1094, 1095) non ci resta, a terminar la sezione seconda, che studiare solo l'articolo 1137 (1091) sulla teoria delle colpe, la parte dello art. 1138 (1092) che riguarda la quistione dei rischi, e l'art. 1139 (1093) sulla mora della persona obbligata.

1137 (1091). — L'obbligo di vegliare alla conservazione della cosa, tanto se la convenzione non abbia per oggetto che la utilità di una delle parti, quanto se abbia per iscopo la loro utilità comune, sottopone colui che ne è incaricato, ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia. Quest'obbligo è più o meno esteso relativamente ad alcuni contratti, i di cui effetti a questo riguardo sono spiegati nei rispettivi titoli.

SUMMARIO

I. La regola di questo articolo è un principio generale intorno alle colpe per cui è tenuta ogni persona obbligata.
II. Teoria delle colpe nell'antico dritto, attribuita senza ragione ai Romani.
III. Teoria del Codice. In principio, si è obbligati delle cure ordinarie di un solerte amministratore. Benigna eccezione pel depositario.—Osservazione.

I. — 505. La regola di questo articolo non solo si applica alle obbligazioni di conservare una cosa, benchè per esse sia scritta, ma estendesi a tutte le obbligazioni, avendone il Codice fatto un principio generale intorno alle colpe di cui può essere risponsabile la persona obbligata in qualsivoglia circostanza, intorno alle cure che deve impiegare nel compiere la obbligazione principale. Che cotesta regola sia generale sorge da moltissimi articoli del Codice, nei quali non si fa che applicarne specialmente i principii; fra gli altri l'art. 420, paragrafo 2 (342) per tutti gli atti che riguardano l'amministrazione del tutore; l'art. 601 (526) per il godimento dell'usufruttuario; l'art. 627 (552) per l'esercizio del dritto di uso; l'art. 1374 (1328) per l'amministrazione del semplice *negotiorum gestor*; i quali articoli si riferiscono tanto all'obbligazione di fare, quanto a quella di dare o di conservare una cosa, e alle obbligazioni che derivano da un quasi-contratto, o dalla legge, non che alle obbligazioni convenzionali.

II. — 506. Intorno alla teoria generale *delle colpe* la nostra antica giurisprudenza seguiva un sistema che in fede dei comentatori si ritenne esser quello del dritto romano.

Distinguevansi dapprima tre specie di colpe: 1° la grande colpa, la colpa grave, *culpa lata*; la quale consisteva nel non impiegare quella diligenza e quelle cure che l'obbligato secondo le sue note abitudini avrebbe usate pei suoi proprî affari; 2° la colpa leggiera, *culpa levis*, quando l'obbligato, quali che fossero le sue personali abitudini, non avea prestato la cura che ai suoi affari impiega d'ordinario un solerte pro-

prietario, un diligente amministratore *bonus pater familias*; 3° da ultimo, la colpa lievissima *culpa levissima*, nella quale si poteva incorrere perchè s'immaginava un uomo tanto prudente da impiegare tutte le cure o le precauzioni che deve usare l'obbligato. Da ciò si vede, come si valutasse la colpa grave, preso per punto di paragone l'obbligato medesimo, la diligenza impiegata realmente e in fatto pei suoi personali affari; per le colpe lievi e lievissime il punto di paragone era un tipo astratto, nell'un caso l'amministratore d'una prudenza ordinaria, e nell'altro l'amministratore per quanto più si potesse prudente; più si diceva che la colpa grave valutavasi *in concreto*, e le altre due *in astracto*. — Determinate così le tre specie di colpa, dicevasi, essere l'obbligato tenuto della colpa grave quando la sua obbligazione riguardava l'unico interesse del creditore (ad esempio, quella di un mandatario); della colpa lieve, quando l'affare riguardava insieme le due parti (come una locazione); e infine della lievissima, quando l'obbligazione era nell'unico suo interesse, come nel comodato. Tal sistema vien accennato in Pothier (n. 142) e nella esposizione dei motivi del nostro titolo (Fenet, tom. XIII, p. 229).

III. — 507. Questo sistema, il quale non era come fu creduto quello dei giureconsulti romani, non è ammesso dal Codice, checchè ne dicano Proudhon (Ducaurroy, *Inst.*, n.1067), e Duranton (X, n.977). Non si ammette più oggidì quella colpa lievissima risultante dal paragone che si fa con un tipo di una perfezione immaginaria; e nemmeno si vuole che un obbligato possa esser mai esonerato delle sue colpe perchè egli commetta le medesime colpe nei suoi proprii affari. Essendo voi obbligato per il mio interesse, la vostra responsabilità non si restringerà alle colpe gravi e riguardate *in concreto*; viceversa, quantunque la vostra obbligazione giovi a voi solo, non si vorrà che usiate prudenza e precauzione per quanto più fosse possibile; ma in tutti i casi si prenderà per tipo, per punto di paragone il buon padre di famiglia, cioè si cercherà quel che un solerte amministratore è solito fare nel corso ordinario delle cose. Il Codice infatti dice: « tanto se *la convenzione* (e dovea dire in generale qualunque *affare*, siavi o no convenzione) abbia per oggetto solamente l'utilità di una delle parti (non importi quale) quanto se abbia per oggetto la loro utilità comune, sottopone colui che ne ha il carico, ad impiegarvi tutta la diligenza di un buon padre di famiglia ».

507 *bis*. Ma vi ha il solo caso del deposito in cui la legge deroga al principio, e sottopone soltanto l'obbligato alle colpe considerate in *concreto*. Movendo dalla idea che un depositario abbia semplicemente consentito che gli affidaste la vostra cosa, e quindi abbia dovuto essere comune intendimento delle parti, che egli la custodirebbe nè più nè meno come le sue cose, il legislatore dichiara (art. 1927 (1799)) che « il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata *la stessa diligenza* che impiega per custodire le cose *che gli appartengono* ».

507 *ter*. Del resto, il principio generale del nostro articolo, non meno che la eccezione relativa al depositario, possono applicarsi con più o meno rigore. Prendendosi per punto di paragone il tipo di un buon padro di famiglia, si può senza andare agli estremi immaginarselo più o meno perfetto; d'altra parte, quando il giudice esamina la colpa in *concreto* soltanto, e secondo la condotta ordinaria dell'obbligato, trova anche una tal quale latitudine, se non altro nella scelta degli atti, che egli vorrà prendere per valutare la prudenza ordinaria di lui. Dippiù la legge ci dice, che la responsabilità, sebbene si regoli con unico principio, potrà estendersi più o meno secondo l'indole del contratto (secondo paragrafo) e secondo tutte insieme le circostanze (art. 1374 (1328), e che la regola relativa al depositario dovrà applicarsi in alcuni casi con più rigore dell'ordinario (art. 1928 (1800)).

1138 (1092) prima parte. Si trova più sopra, n. 480.

1138 (1092) seconda parte. — Essa (la obbligazione di consegnare un corpo certo) fa che la cosa resti a pericolo del creditore dal momento in cui dovrebbe essere consegnata, quantunque non sia seguita la tradizione, purchè il debitore non sia in mora a consegnarla, nel qual caso la cosa rimane a di lui rischio.

508. Sappiamo che le parole *dal momento in cui la cosa dovrebbe consegnarsi* significano nel nostro articolo, *dal momento in cui dovrebbe farsi o si reputa fatta la consegna fittizia*; cioè da quando si è fermata la convenzione.

Pertanto il creditore di un corpo certo, di una cosa individualmente determinata, essendosi create correlative obbligazioni, va soggetto ai rischi e deve soffrire la totale o parziale perdita, val dire sarà sempre obbligato di pagare il prezzo stabilito, non ostante lo svilimento o la distruzione del corpo certo, onde si scema od annulla il beneficio del suo credito. Se prima di consegnarmi il vostro cavallo, o quel pezzo di terra che mi avete venduto, quello è morto dal fulmine, o una metà dell'altra tolta via dal fiume, io sarò sempre obbligato di pagarvi la somma stabilita, quantunque non potessi aver da voi la consegna che della metà della cosa, ovvero di niente.

In ciò il Codice non ha nulla mutato; cotesta regola è stata ammessa in ogni tempo nel dritto romano, e nella nostra vecchia giurisprudenza (*Instit.*, L. 3, t. 23, parag. 3; Pothier, *Della vendita*, n. 307). Essa deriva non dal novello principio del trasferimento della proprietà per lo effetto immediato del contratto, ma da quella ragione d'equità, che il creditore del corpo certo che trae vantaggio degli aumenti e dei miglioramenti che il corpo potrebbe ricevere prima della tradizione, deve viceversa soffrirne i deterioramenti, o la perdita. Oggidì che la proprietà del corpo certo trasferiscesi al creditore con lo stesso contratto, non per una ma per due ragioni l'oggetto va a rischio di lui.

509. Ma la perdita totale o parziale della cosa, perchè vada ai danni del creditore, è bisogno che non sia avvenuta per colpa del debitore, e nè anco per fatto suo.

È principio di dritto e di ragione, che il debitore non sia liberato per la perdita che deriva dal fatto suo, anche senza colpa. Quando ignaro della vendita fatta dal suo autore, l'erede ha distrutto la cosa che mi avea venduto, gli è ben giusto, sebbene non si possa tassare di alcuna colpa, che io non gli paghi il prezzo, e che il pregiudizio ricada anzi su lui che su me. Il semplice fatto, non sufficiente in vero a far nascere una obbligazione, fa che non si liberi dallo sue preesistenti obbligazioni; principio stanziato nelle *Instituta* (l. 2, t. 20, paragrafo 16) e bandito negli articoli 1042 e 1045 (997, 1000) del Codice civile.

Se il solo fatto del debitore non lo esime dai rischi, con più ragione dalla sua colpa; e quindi essendo una colpa il mettersi in mora in ritardo di consegnare la cosa *(qui in mora est culpa non vacat)*; ben dichiara nella fine il nostro articolo, che la mora del debitore fa che la cosa rimanga a suo rischio. Dalla spiegazione del seguente articolo vediamo come il debitore si costituisca in mora.

1139 (1093). — Il debitore è costituito in mora, tanto mediante intimazione od altro atto equivalente, quanto in vigore della convenzione, allorchè essa stabilisce, che il debitore sarà in mora alla scadenza del termine senza necessità di alcun atto.

510. È un errore molto comune il credere che un debitore sia in mora, perchè non si è adempita la obbligazione nel termine stabilito. Nei principî del Codice, difformi in ciò del dritto romano, il debitore in generale non è in mora non a-

stante che spiri il termine, fino a che una citazione, o altro atto equivalente (un precetto, una intimazione) (1) non abbia dimostrato che il creditore nessun termine voglia accordare; nel silenzio del creditore, il debitore è legalmente autorizzato a credere che non si voglia la immediata esecuzione, e il nostro articolo non adotta la massima romana *dies interpellat pro homine*. Inoltre il debitore non vien posto in mora incontanente per la intimazione fattagli onde eseguire, ma soltanto dopo il termine moralmente necessario per adempiere la obbligazione; termine che valuterebbe il giudice, il quale secondo i casi, e se lo trova ragionevole, può accordargliene altro (art. 1244 (1191), Pothier, n. 146.)

Perchè il debitore sia in mora senza verun atto che dichiari la volontà presente del creditore, è necessario 1.° o che costui abbia formalmente stipulato che vi sarebbe la mora appena spirato il termine, ovvero 2° (come esce dall'art. 1146 (1100)) che la obbligazione per l'indole sua stessa non si possa eseguire se non nel termine che il debitore ha fatto trascorrere.

Del resto, la regola stabilita da cotesto articolo sulla mora non è applicabile alle obbligazioni che si restringono a determinate somme, per le quali vi ha una regola a parte nella sezione IV (art. 1153 (1107), n. 111).

III. 1140 (1094) 1141 (1095) *sono stati sopra spiegati*, n. 487.

SEZIONE III.

DELLA OBBLIGAZIONE DI FARE O DI NON FARE.

1142 (1096). — La obbligazione di fare o di non fare, in caso d'inadempimento per parte del debitore, si risolvono nel risarcimento dei danni ed interessi.

511. Abbiamo detto che gli effetti, i legali risultamenti della obbligazione consistono nel dar facoltà al creditore di perseguitare il suo debitore per far che adempi la obbligazione, ed ove egli ostinatamente si neghi, di ottener la esecuzinne colla pubblica forza, se lo consentano le circostanze; se nò i danni ed interessi.

Quando si potrà negandosi il debitore ottenere la esecuzione reale con l'intervento della pubblica forza? quando invece il creditore sarà ridotto a non potere altro pretendere che danni ed interessi? Nel nostro dritto la esecuzione forzata si avrà quando si potrà recarla in atto senza usar violenze contro la persona del debitore cioè, quando la esecuzione non è siffatta che il solo debitore può farla. Tal principio, conforme alla nostra antica giurisprudenza, e contrario al dritto romano (in cui il creditore non poteva ottenere mai che una condanna pecuniaria) è stabilito negli art. 1143, 1144 (1097, 1098) i quali restringono la regola troppo largamente e quindi inesattamente espressa dal nostro art. 1142 (1096).

1143 (1097). — Ciò non ostante il creditore ha diritto di domandare che sia distrutto ciò che fosse stato fatto in contravvenzione all'obbligazione, e può farsi autorizzare a distruggerla a spese del debitore senza pregiudizio dei danni ed interessi, quando vi sia luogo.

1144 (1098). — Nel caso d' inadempimento può egualmente essere autorizzato il creditore a far eseguire egli stesso la obbligazione a spese del debitore.

(1) Rig., 11 gennaro 1814. Il precetto differisce dalla semplice citazione perchè esso non può farsi se non in virtù di un titolo esecutivo, e mena al sequestro ed alla espropriazione del debitore. È una citazione più energica della ordinaria.

512. Se voi vi siete obbligato a non chiudere la vostra entrata affinchè io possa passare, e poi la chiudete con un fossato, una barriera, una siepe, ecc. io posso farmi autorizzare a toglier via per forza, e a spese vostre, quella chiusura indebitamente posta. Parimente, se vi siete obbligato con me a fabbricare sul vostro terreno un muro che debba servire a me di chiusura, e poi vi negate a farlo, io potrò chieder facoltà di fabbricare a spese vostre il muro.

Perchè io non possa essere autorizzato dalla giustizia a far che direttamente e realmente si esegua la obbligazione di fare o di non fare a cui vi siete negato, sarebbe necessario che voi soltanto potreste adempiere un fatto, o astenervene, e che non si potrebbe adempiere vostro malgrado con violenze usate contro la vostra persona. Se mi avete promesso di fare un viaggio a Lione per trattarvi un affare che mi riguarda, io non posso colla forza farvi andare colà; se vi siete impegnato cedendomi i vostri fondi di commercio di non aprir bottega nel medesimo quartino, non potrò con la violenza farvi cacciare dalla casa che da lato a me voi occupate. In simigliante caso, e quando la esecuzione è puramente personale, il creditore potrà soltanto farmi condannare ai danni ed interessi.

513. L'art. 1142 (1095) adunque non deve prendersi alla lettera quando dice che ogni obbligazione di fare o di non fare risolvesi nel risarcimento dei danni ed interessi nel caso che il debitore non adempia. Non è così: 1° quando l'esecuzione forzata non potrebbe uscire che da una violenza diretta contro la persona del debitore; e 2° quando il creditore, sebbene sia libero di ottenere con la forza la diretta esecuzione, voglia contentarsi di danni ed interessi.

E poichè i nostri articoli 1143, 1144 (1097, 1098) dan facoltà di ottenere la esecuzione forzata quando è consentito dall'indole delle cose nell'obbligazioni di fare o di non fare, con più ragione potrà anche ottenersi nelle obbligazioni di dare, di procurare una cosa, nelle quali si vuole il possesso della cosa promessa. Noi parliamo del caso in cui il creditore è creditore, e non solo di quello in cui si sarebbe convenuto di dare in proprietà un corpo certo (perchè allora non solo qual creditore ma altresì come proprietario potrebbe lo stipulante reclamare la cosa, nel qual caso anche in Roma era permessa l'occupazione *manu militari*). Nel nostro antico dritto il creditore che non diveniva proprietario con la convenzione, poteva pure farsi autorizzare a mettersene in possesso (Pothier, n. 156).

1145 (1099).—Se l'obbligazione consiste nel non fare, quello che vi contravviene è tenuto ai danni ed interessi pel solo fatto della contravvenzione.

N. B. Questa regola che appartiene esclusivamente alla seguente sezione, è stata quivi posta da noi come anche la parte dell'art. 1143 (1097) relativa ai danni-interessi che possono essere ancora dovuti al creditore quand'anche abbia fatto distruggere ciò che si era fatto contravvenendosi all'obbligazione.

SEZIONE IV.

DEI DANNI ED INTERESSI PER L'INADEMPIMENTO DELLA OBBLIGAZIONE

514. I danni ed interessi o danni-interessi sono la riparazione 1° *del danno* cagionato dallo inadempimento della obbligazione, e 2° del guadagno, *dell'interesse* di cui sarei privo per tale inadempimento; è questo il ristoro del *damnum emergens*, e *del lucrum cessans*.

I danni ed interessi sono dovuti per lo inadempimento totale, o parziale, cioè per l'inadempimento propriamente detto, e per

l' incompleta esecuzione in cui rientra la tarda esecuzione; perchè colui che esegue più tardi che non dovea, non esegue tutto quel che dovea, *minus solvit qui tardius solvit*.

L'art. 1145* (1099) non posto dai compilatori nella nostra sezione non ostante ne faccia parte, ci dice quando si è tenuto ai danni-interessi nelle obbligazioni di non fare, cioè nel momento in cui il debitore fa quello di cui avea promesso astenersi. Per tal mancanza di metodo lo art. 1146 (1100) parla solo delle obbligazioni di dare o di fare.

1146 (1100 M).—I danni e gl'interessi son dovuti solamente quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione, eccettochè se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere.*

515. Oltre il difetto testè cennato, il presente articolo ne ha un altro, che è la pretesa eccezione fatta al principio. Il debitore, ci dice, è tenuto ai danni-interessi quando è in mora, *eccetto* quando la cosa non poteva esser data o fatta che nel termine che ha lasciato trascorrere; ma anche in questo caso il debitore è in mora: allorchè Pietro mi avea promesso darmi il suo cavallo in tal giorno per recarmi a quella fiera, ed ei mel conduce passata la fiera; quando il mio difensore ha fatto trascorrere il termine dello appello che egli dovea fare in mio nome, son tenuto ai danni-interessi perchè in mora. In vece di presentare tale circostanza come eccezione al principio che la mora fa pagare i danni-interessi, bisognava riportarla alla fine dell' art. 1139 (1093) a completare i casi in cui il debitore trovasi in mora.

1147 (1101 M). — Il debitore è condannato se occorre al pagamento dei danni ed interessi, tanto se non adempie l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, qualora egli non pruovi che la mancanza sia provenuto d'una causa estranea non imputabile a lui, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede.**

1148 (1102 M). — Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito, fu impedito di dare o di fare quello, a cui si era obbligato, o ha fatto ciò che gli era vietatu.***

516. Il debitore che ha mancato alla sua obbligazione facendo tutto o in parte quel che non dovea, o non facendo o non dando quel che dovea, o facendo e dando dopo essersi messo in mora, deve essere condannato a pagare i danni-inte-

* Il corrispondente art. 1100 è così concepito: « I danni e gl'interessi son dovuti solamente, quando il debitore sia in mora di eseguire la sua obbligazione. È in mora il debitore anche senza interpellazione, se la cosa che si è obbligato di dare o di fare, non possa essere data o fatta se non in un determinato tempo, che egli ha lasciato trascorrere ».

— Il debitore di un credito incerto ed illiquido non può essere obbligato al pagamento degl'interessi anteriori al titolo costitutivo del credito medesimo. C. S. di Napoli, 11 ap. 1845.

— La mora si verifica quando il debitore non adempie ad una obbligazione alla quale poteva adempire; e ciò non può avvenire che quando sia certo il debito, e sia certa la somma dovuta. C. S. di Napoli, 18 gen. 1848.

** Il corrispondente art. 1101 è in questi termini: « Il debitore è condannato, se occorre, al pagamento dei danni ed interessi, tanto se non adempia l'obbligazione, quanto se ne ritardi l'adempimento, ancorchè non siavi per sua parte intervenuta mala fede, purchè però egli non pruovi che la mancanza sia provenuta da una causa estranea non imputabile a lui.

*** Il corrispondente art. 1102 è così espresso: « Il debitore non è tenuto a verun danno ed interesse, quando per forza irresistibile o per caso fortuito fu impedito di dare o di fare quello a che si era obbligato ».

ressi se il creditore abbia sofferto un danno o non fatto un guadagno. Ma non è costretto a pagare provando che senza sua colpa e suo fatto si fosse contravvenuto all'obbligo.

Bisogna che da parte sua non siavi nè colpa nè fotto nello inadempimento dell'obbligo, perchè si è visto nella quistione dei rischi, che se per il fatto del debitore non può farsi la esecuzione, non è egli meno tenuto alla obbligazione; idea che il nostro articolo **1147** (**1101**) riproduce dichiarando doversi i danni-interessi dal debitore che pur non sia in mala fede, se ei non provi che l'inadempimento provenga da una *causa estranea*.

517. Spetta al debitore, dice il nostro articolo **1147** (**1101**), giustificare la causa estranea da cui proviene l'inadempimento, conforme alla regola secondo la quale il debitore deve provare che sia liberato, ed il creditore che esista l'obbligazione (articolo **1315** (**1269**)).

La causa estranea da cui può derivare l'inadempimento, è lo avvenimento della forza maggiore. Qui si distinguono la forza maggiore e il caso fortuito, che spesso altrove nel Codice, e di ordinario si confondono. Ma sì l'uno che l'altra sono avvenimenti indipendenti dal volere del debitore. Se poi si vuol distinguere, bisogna dire che il caso fortuito proviene da forze non intelligenti, come un colpo di fulmine, una inondazione, e la forza maggiore dal fatto di altri uomini, come un assalto di ladri. Ma non giova tal distinzione. Secondo il già detto spetta al debitore la prova del caso fortuito che egli allega (art. **1302** (**1256**)). Se io debitore provo un caso fortuito, e il creditore pretendo che per mia colpa mi sia avvenuto, tocca a lui provar la colpa che mi dovrebbe far perdere il beneficio della forza maggiore (art. **1808** (**1654**)).

518. Innanzi di venir ai seguenti articoli che stabiliscono come debba determinarsi la somma dei danni-interessi, notiamo qui una regola lasciata inavvertita nell'art. **1142** (**1097**), cioè che i danni-interessi possono alle volte cumularsi con lo effettivo adempimento della obbligazione.

Infatti, se voi eseguite dopo un tempo più o men lungo, dopo avervi io messo in mora, il solo ritardo ha potuto recarmi un danno che voi dovete ristorare (articoli **1146**, **1147** (**1100**, **1101**)); se ho dovuto far distruggere per mezzo della pubblica forza i lavori che voi faceste contraffacendo alla obbligazione, io ho potuto anche per un istante esser danneggiato da quei lavori, e voi potrete essermi debitore di danni ed interessi, oltre le spese fatte per distruggerli (art. **1143** (**1097**)); similmente, se in vece vostra ho dovuto adempiere l'obbligazione vostra di dare o di fare, i differimenti e i danni cagionati dal vostro mal volere potranno darmi il dritto di domandare i danni-interessi, oltre le spese fatte.

1149 (**1103**). — I danni ed interessi sono in generale dovuti al creditore per la perdita sofferta, e pel guadagno di cui fu privato, salve le modificazioni ed eccezioni in appresso spiegate.*

519. Il presente e i seguenti articoli mirano a determinare a che si estendano i danni-interessi, a stabilire come si debba misurare ciò che il debitore è tenuto a dare al creditore per lo inadempimento, o per la incompleta o tarda esecuzione della sua obbligazione.

Il principio con cui comincia il nostro articolo andava da sè, ed usciva dalla stessa espressione di *danni-interessi*, essendo la definizione di questi, come già vedemmo. Il mio debitore sarà tenuto verso di

* — La liquidazione dei danni che alcuno ha sofferto è oggetto di fatto e non mai di dritto: *quatenus cujus intersit in facto non in jure constitet*; epperò le decisioni al riguardo non possono essere soggette a censura. C. S. di Napoli, 19 dicembre 1826.

me: 1° alla perdita da me fatta, cioè il *damnum emergens*, il danno; 2° al guadagno che non ho fatto, *lucrum cessans*, il che forma *l'interesse*.

Ma per quanto sembri ragionevole e semplice cotesto principio, sorgono gravi difficoltà nello applicarsi. Giustiniano ci insegna che le incertezze e le discussioni su questa materia erano tanto *antiche*, quanto infinite, *cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sint* (Cod. L. 7, tit. 47).

Or vediamo le regole dal Codice tratte, tranne qualche modificazione, dalle *obbligazioni* di Pothier (n. 139-172) che le ebbe cavate dal trattato speciale di Dumoulin (*Tractatus de eo quod interest*).

520. Il Codice divide le obbligazioni in due specie, che hanno ognuna un sistema a se: la seconda comprende le obbligazioni di determinate somme (art. 1153-1155 (1107-1108)); la prima abbraccia tutte le altre (articolo 1150-1152 (1104-1106)).

Per le obbligazioni che non si riferiscono a somme di danaro, il sistema spiegato nei tre seguenti articoli, restringesi a coteste due regole:

1°. Il debitore non è mai tenuto a riparare le perdite, che sono una conseguenza remota e indiretta dell'inadempimento della convenzione (art. 1151 (1105)), le quali perdite qui sono il manco di guadagno: il *lucrum cessans*, non che il *damnum emergens*.

2°. Il debitore se sia in dolo, è tenuto a tutte quelle perdite che direttamente e realmente derivano dall' inadempimento della convenzione (ibid.); se abbia commesso una semplice colpa, non è tenuto se non a quelle che si potevan ragionevolmente prevedere nel tempo del contratto (articolo 1150 (1104)).

§ 1. — *Dei danni e degli interessi dovuti nelle obbligazioni che non si riferiscono a determinate somme.*

1150 (1104). — Il creditore non è tenuto se non ai danni ed interessi che sono stati preveduti, o che si sono potuti prevedere al tempo del contratto, quando l'inadempimento della obbligazione non derivi dal suo dolo.

521. I danni ed interessi dovuti da chi non può essere tassato di alcun dolo, sono naturalmente riguardati come il risultamento di una convenzione accessoria, tacitamente consentita tra lui e il creditore; ed egli è tenuto a riparare soltanto il danno che probabilmente le parti avean potuto prevedere secondo le circostanze e l'andamento naturale delle cose. Al contrario, la riparazione che deve fare il debitore reo di dolo, non può determinarsi secondo la tacita convenzione, non potendosi ragionevolmente supporre che un debitore osi fare, ovvero in ogni caso un creditore possa accettare, la seguente proposizione: « se mai non si esegua il nostro contratto per frode o mala fede, voi non pretenderete rigorosamente che io vi ristori tutto il danno che potrei avervi recato ».

Allora non serve più l'indagare ciò che il debitore abbia potuto prevedere o consentire; il suo dolo lo fa necessariamente obbligato, *et velit, nolit*, secondo dice Dumoulin (n. 155), a riparare tutto il danno cagionato.

522. Il debitore cui non può imputarsi dolo, non deve ristorare che le perdite che si doveano prevedere nel tempo del contratto, cioè, il danno sofferto dal creditore affin di procurarsi lo equivalente della cosa promessa, che dai nostri antichi scrittori era chiamato, danni-interessi *propter ipsam rem non habitam*. Se il debitore debba o pur no i danni sofferti come conseguenza di non essersi avuta la cosa (che gli scrittori dicevano provenire d'altronde, che dalla stessa cosa, *extrinsecus*, e chiamavano danni estranei, od estrinseci) sarà deciso secondo le circostanze.

Se io vi ho dato in affitto per diciotto

anni una casa di cui mi riteneva a torto proprietario, e dalla quale voi siete stato scacciato dopo dieci o dodici anni di godimento, io dovrò necessariamente ristorarvi delle spese della sgomberatura, ed anche del danno che potrebbe derivare dall'essersi nell'intervallo aumentati gli affitti. Ma sarei pur tenuto al danno che potreste soffrire nel vostro traffico perchè il cangiamento di casa può farvi perdere avventori? Sì; se ho dovuto prevederlo al tempo del contratto, cioè, se conscio che la mia casa dovea servire al vostro traffico; ma se ne era ignaro, come ad esempio, se voi incominciaste a trafficare dopo entrato nella mia casa, io non sarei tenuto a nulla (Pothier, n. 161, 162).

523. In somma non è necessario distinguere i danni sofferti *propter rem ipsam* o *extrinsecus*; bastando il dire che il debitore sia tenuto a tutti quelli che egli ha dovuto prevedere, e che tocchi ai tribunali il decidere in fatto, se sia dovuto entrare o pur no nei prevedimenti quel danno che oggi si è avuto.

1151 (1105).—Nello stesso caso in cui l'inadempimento della convenzione provenga dal dolo del debitore i danni ed interessi relativi alla perdita sofferta, ed all'utile perduto dal creditore, non devono estendersi, se non a ciò che è una conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento della convenzione.

524. Allorquando il debitore per dolo o mala fede non abbia adempito la obbligazione, è tenuto, come abbiam detto, a tutti i danni che direttamente derivano dallo inadempimento, senza riguardare se egli ragionevolmente abbia dovuto o potuto prevederli. Se il vostro dolo mi toglie di godere degli ultimi anni dello affitto da voi consentitomi, voi siete tenuto a ristorarmi non solo delle spese della sgomberatura, e dell'aumento dell'affitto che potrei soffrire, ma altresì del danno che soffrirei perdendo avventori nel mio commercio, quando anche fosse cominciato il mio traffico dopo entrato nella vostra casa e al tempo del contratto non avessi nemmeno pensato di intraprenderlo, di modo che voi non aveste potuto prevedere quel danno.

Ma il debitore anche doloso, è sempre tenuto ai danni che sono una diretta e necessaria conseguenza dello inadempimento. Se per modo di esempio, avete perduto o rotto preziosi oggetti nella sgomberatura fatta per lo inadempimento dello affitto, io non dovrei ristorarvene, avvegnachè la sgomberatura non ne sia stata causa, ma solo occasione. Similmente, se vi ho consegnato con iscienza un cavallo attaccato di un male contagioso, il quale nella vostra stalla vi ha fatto morire tutti gli altri cavalli, e per la morte di essi voi non avete potuto coltivare le vostre terre; in questo caso, io sarei tenuto al prezzo di tutti i vostri cavalli, la di cui morte è stata unicamente cagionata da quello ammalato da me consegnatovi; ma non già al prezzo del ricolto che voi perdeste. Imperocchè cotal perdita non è venuta per il mio dolo; il quale non ne è stata solo la causa, ma una concausa: voi potevate comprare altri cavalli, o noleggiare quelli dei vostri vicini, o dare in affitto le vostre terre. — La causa vera di questo vostro danno è stata il manco di cura, la vostra mala amministrazione.

525. « Così non si devono, come diceva Pothier (n. 167), comprendere nei danni ed interessi a cui è tenuto un debitore per ragion del suo dolo, quelli che *non solo sono una remota conseguenza*, anzi non ne sono una conseguenza necessaria potendo avere altre cause ».

Certamente i compilatori vollero riprodurre cotesta idea dicendo non potersi pretendere dal debitore colpevole di dolo se non il danno che è conseguenza *immediata* e *diretta* dell'inadempimento.

In vero, è poco esatto il cumulo di questi due aggiunti; ma riferendosi alle due idee indicate da Pothier scorgesi chiara-

mente il pensiero. La parola *diretta* spiega e modifica la parola *immediata*. Per esser dovuto il danno, non fa d'uopo che sia nato *immediatamente* dall' inadempimento ; bastando che ne derivi direttamente , e non venga da altre circostanze combinate insieme col dolo del debitore, e che il dolo ne sia l'unica e vera cagione.

Per conseguenza *immediata* e *diretta* intendesi al postutto dal nostro articolo quella che è tanto *immediata* da esser pure *diretta*, cioè così poco lontana da non ingerirvisi altre cause estranee al dolo del debitore.

1152 (1106).—Quando la convenzione stabilisca che colui il quale mancherà di eseguirla, debba pagare una determinata somma a titolo dei danni ed interessi, non può attribuirsi all' altra parte una somma maggiore o minore.*

526. Il Codice non segue qui i principi di Pothier, il quale insegnava (n. 345) secondo Dumoulin (n. 166), che i danni-interessi stabiliti prima con una espressa convenzione, ove fossero eccessivi, potrebbero essere ridotti dal giudice. Il Codice adottando qui la contraria sentenza di Azone, vuole che il giudice faccia eseguire puramente e semplicemente il contrattò senza potere accrescere o sminuire la somma convenuta. Infatti, siccome tal convenzione mira appunto a toglier di mezzo le difficoltà che spesso insorgono nella convenzione dei danni-interessi, ed allontanare qualunque esame di fatti, così era contraddittorio il permettere ai tribunali che rientrassero in questo esame per conoscere se la somma stabilita fosse o nò eccessiva.

Con più ragione si deve oggi rigettare quell' altra regola ammessa da Pothier e Dumoulin (ibid.) secondo la costituzione di Giustiniano (Cod. lib. 7 , tit. 47), che il giudice non può mai accordare danni-interessi eccedenti il doppio del valore della cosa che formava l' oggetto del contratto primitivo. Se il danno recatomi che dovete riparare secondo le sopraddette regole, ammonta per tre volte al valore dell'oggetto del nostro contratto , non dovrò io forse essere ristorato?

527. La convenzione accessoria di cui parla il nostro articolo, e per cui le parti han determinato anticipatamente i danni-interessi che saran dovuti al creditore, o per il completo inadempimento o per il semplice ritardo (articolo 1447 (T)) chiamasi clausola penale, ed è l'oggetto di una intera sezione che noi dovremo studiare (articolo 1226, 1233 (1179, 1186)).

§ 2. *Dei danni-interessi e della messa in mora nelle obbligazioni di determinate somme.*

1153 (1107 M) Nelle obbligazioni, che sono ristrette al pagamento di una somma determinata, i danni e gli interessi risultanti dal ritardo di eseguirle, non consistono giammai se non nella condanna a pagare gl'interessi fissati dalla legge, eccettuate le regole particolari al commercio , ed alla malleveria — Questi danni ed interessi son dovuti senza che il creditore debba giustificare alcuna perdita. — Non son dovuti se non dal giorno della domanda , eccettuati i casi , nei quali la legge dichiara che debbono *ipso jure* decorrere.**

* — Stipulata una multa per indennizzo di danni-interessi, non si può domandare l'una e gli altri. C. S. di Napoli, 7 sett. 1850.

** Nel corrispondente art. 1107 anzichè *interessi fissati dalla legge* , dicesi *interessi correnti al tempo della mora.*

Massime della C. S. di Napoli.

— Nelle materie civili i giudici non possono ce-

SOMMARIO

I. I danni-interessi non sono mai dovuti per lo inadempimento; ma soltanto per la ritardata esecuzione. Consistono sempre e unicamente nell'interesse legale del danaro.
II. Dal 1807 i danni-interessi non possono essere per convenzione cresciuti. Si dissente da Duranton.
III. Essi non sono in principio dovuti che dal giorno in cui si domanda giudizialmente, o con una citazione in conciliazione seguita dall'azione.

I.—528. La legge, come abbiamo detto, non applica alle obbligazioni di una somma determinata nè la regola dell'articolo 1139 (1093) per la mora, nè quelle dei precedenti sulla valutazione dei danni-interessi. Questa materia vien trattata a parte nel nostro articolo e nei due seguenti.

Osserviamo dapprima, che nelle obbligazioni di somme determinate non si dà mai luogo a danni-interessi per inadempimento propriamente detto, ma per il ritardato adempimento. Infatti, l'obbligazione che primieramente è un debito di danaro, non può rivolgersi in debito di danni-interessi, che son pure danari; gli è certo che se il creditore non può giungere con altra via ad ottener la somma primamente dovuta, nemmeno la otterebbe a titolo di danni-interessi; il debitore che è condannato ai danni-interessi, non diverrebbe perciò solvente. Adunque qui può solo trattarsi di aggiungere a quella che forma l'oggetto dell'obbligazione, altra somma per riparare il torto che il ritardo ha cagionato al creditore. Il nostro articolo quindi parla con ragione dei ***danni-interessi risultanti*** dal ritardo nello adempimento. Gli è per questo che tali danni-interessi chiamansi ***interessi moratori***, in opposizione a quelli che in un prestito, o in altro qualunque contratto si debbono per il capitale goduto, che sogliońsi chiamare ***interessi compensatori***.

529. Ma come determinare i danni-interessi, come valutare i danni sofferti dal creditore che non ha ricevuto il danaro nel tempo in cui gli era dovuto? « Siccome questi danni variano all' infinito, diceva Pothier (n. 170), ed è tanto difficile il prevederli, quanto il giustificarli, è stato necessario determinare una misura certa stabilendoli all'interesse delle somme, alla tassa dell'ordinanza ».

È questa la regola del nostro articolo

cedere il cinque per cento, nè per gl'interessi commerciali vi è ragione maggiore del sei per cento. 7 nov. 1826.

— Gl' interessi per le somme acclarate di un rendiconto non possono esser dovuti che dal giorno della pronunziazione della sentenza acclarativa. 20 feb. 1851.

— L'anatocismo vietato dalla legge si avvera quando sugl'interessi che vanno a decorrere si osigano oltri interessi per effetto della semplice mora, o di convenzione stipulata prima della loro scadenza. È ben altro il caso in cui gl' interessi già scaduti ed esigibili si convertono in capitale produttivo d' interessi; imperocchè la somma dovuta per interessi è sorte pel creditore che la riceve: *sors efficitur... sortis vice fungitur vel fungi debet*, secondo il linguaggio dei romani giureconsulti, 10 febbraro 1852.

— Trattandosi di somma con la quale si acquisti cosa fruttifera, sono dovuti gl'interessi dal momento dell'acquisto, e non già della dimanda. 4 marzo 1852.

— Gl'interessi son dovuti dal debitore fino al pagamento; ed è censurabile la decisione che li limita fino alla pronunziazione. 26 giugno 1852.

— Chiesta ed ottenuta una condanna per la sorte soltanto, si ha ciò non ostante sempre il diritto a pretendere su di essa gl'interessi di mora dal giorno di una novella dimanda, 7 agosto 1852.

Questo principio conforme al testo dell' articolo 1153 (1107 M) è stato sempre professato dalla C. S. di Napoli. Con arresto dei 7 febbraro 1828 (Stivo e Simonelli) osservò: « Allorchè in un mutuo in danaro, al patto della restituzione si aggiunga una penale da doversi precisamente soddisfare *si intra certum diem* non sia restituito, sarà esso evidentemente un contratto usurario, quando la pena ecceda il modo legittimo degli interessi correnti. In questo caso *uberius foenus promittitur*, ed è nulla per questa parte la stipulazione; imperciocchè *poenam pro usuris stipulari nemo supra modum licitum potest* ». V. pure l'arresto del 3 giugno 1843 (De Rinaldis e Oriolo).

la quale dichiara che i danni-interessi non potranno consistere se non negli interessi stabiliti dalla legge. L'interesse legale al tempo che si pubblicava il Codice (secondo la legge degli 11 aprile 1793) ed anche oggi (secondo la legge del 3 settembre 1807) è il cinque per cento nelle cose civili, e il sei nelle cose commerciali.

Dunque, secondo il nostro secondo paragrafo il debitore essendo in mora, senza riguardare se il creditore abbia sofferto un grave pregiudizio, ovvero nissuno, sarà sempre tenuto ai danni-interessi, cioè all' interesse del 5, o 6 per cento della somma dovuta.

Ma v'è un eccezione. In materia commerciale, il portatore di una lettera di cambio che venuto il giorno non è pagato, può ottenere per salvarsi dal pregiudizio che gli viene dal negato pagamento, e perciò a titolo di danni ed interessi, non solo l'interesse legale della somma, ma altresì il ricambio, cioè quel tanto pagato al banchiere per avere immediatamente il danaro (Cod. com. art. 177 (176); Pothier numero 171). In materia civile, il fidejussore che paga invece del debitore principale, può pretendere i danni-interessi oltre l'interesse legale della somma pagata (articolo 2028 (1900)). Alle due eccezioni del nostro articolo, una terza ne ha fatto l'art. 1846 (1718) per la società.

II.—530. Quando si pubblicò il Codice, la regola con cui il nostro articolo stabilisce invariabilmente i danni-interessi allo interesse legale della somma dovuta, non si applicava se non quando una speciale convenzione delle parti non avesse altramente stabilito. Le parti potevano con una clausola penale stabilire danni-interessi più o meno considerevoli dell'interesse legale del danaro; e il giudice secondo l'art. 1152 (1107) non avrebbe potuto sminuire, nè accrescere la somma convenuta. Ma oggi non è più così. La legge del 3 settembre 1807. non ha stabilito soltanto, come quella degli 11 aprile 1793, l'interesse legale del danaro, ma ha pur dichiarato che l'interesse convenzionale non potrebbe mai eccedere il legale. L'articolo 1152 (1106) quindi non può applicarsi alle obbligazioni che sono ristrette ad una somma determinata; e sarebbe nulla come usuraja qualunque convenzione di pagare a titolo di danni ed interessi per il ritardo dello adempimento, una somma maggiore di quella risultante dall'interesse del 5, o 6 per cento.

E non ostante la contraria sentenza di Duranton (X-488), noi crediamo che tale regola dovrebbe anche applicarsi quando la stipulazione di una somma eccedente lo ammontare dello interesse legale, fosse fatta per prevedersi un danno specialmente determinato. Imperocchè sarebbero sempre dovuti danni-interessi per il ritardato pagamento di una determinata somma; e se per tal caso preveduto si potessero crescere i danni interessi, si potrebbe quindi permettere anche nel medesimo caso, che si stipuli per un prestito o per qualunque altro contratto, un interesse maggiore del cinque o sei per cento, dimodochè sarebbe facilissimo il contraffare anche apertamente alla legge positiva del 1807. — Dippiù dice Pothier (n. 316) senza restrizione od eccezione alcuna, che « le pene stipulate in simil caso debbono ridursi alla tassa legittima degli interessi di cui fanno vece ».

III. — 531. I danni-interessi che nella nostra materia son sempre interessi del danaro, son dovuti come gli altri dal giorno in cui il debitore è stato messo in mora; a ciò bastando, come nell'art. 1139 (1093), una semplice citazione; insufficiente è lo stesso precetto (1), ma indispensabile la domanda giudiziaria.

Diciamo una *domanda giudiziaria*, avvegnachè non bisognerebbe credere che il nostro articolo intenda parlare di una semplice richiesta di pagamento: vuolsi una domanda giudiziaria, una citazione introduttiva d'istanza, come da tutti si fa, e chiaro sorge dal seguente articolo. Pure il Codice di procedura (art. 48 (T) e seg.

(1) Rig., 16 nov. 1826; Riom, 17 maggio 1830 (Devill., 8, 1, 455; 32, 2, 463).

che non permette al creditore di introdurre la sua azione in giudizio, prima che abbia tentato una conciliazione col suo debitore innanzi il giudice di pace, conveniva che corressero gl'interessi dal giorno della citazione in conciliazione, come ha fatto l'art. 57 (T) dello stesso Codice purchè la citazione sia seguita dalla dumanda giudiziaria dentro il mese, dal giorno della non comparsa del debitore, o della non seguita conciliazione.

532. Il nostro terzo paragrafo, non molto esplicito, indica la *domanda della somma dovuta*, ovvero quella *degli interessi* medesimi? Basta la domanda del capitale, secondo si avvisano alcuni giureconsulti. Si può dire che deve mettersi in mora il debitore, e se la mora di ordinario risulta dalla semplice intimazione di eseguire la obbligazione (che è per se un favore fatto al debitore), deve qui almeno risultare dall'azione giudiziaria.—Per quanto possa parere naturale codesta idea, crediamo che i compilatori non l'abbiano avuta in mente. Mancandoci notizie nei lavori preparatori del Codice, nulli affatto su ciò, ne troviamo la prova nell'articolo seguente, il quale dice che gli interessi possuno produrre interessi, o con una domanda, o con una convenzione speciale: la legge, pareggiando la domanda alla convenzione speciale per gl'interessi, intende parlare d'una domanda che si rapporta agli stessi interessi. Altra pruva ne porge l'articolo 1207 (1160) dicendo che *la domanda d'interessi* contro uno dei debitori solidali, fa correre gli interessi contro tutti. È dunque la domanda degl'interessi, come concordemente decidono gli scrittori (1).*

533. Il principio che fa correre gl'interessi moratori dal giorno della dumanda o della citazione in conciliazione seguita dalla domanda, vien derogato, secondo le ultime parole del nostro articolo, in certi casi nei quali la legge li fa decorrere appena spiri il termine.

(V. articoli 1440, 1473, 1570, 1652, 1846. ec. (T, T, 1383, 1498, 1218, ec.)).

1154 (T) — Gl'interessi scaduti dei capitali possono produrre interessi, o in forza di una dimanda giudiziale, o in vigore di una convenzione speciale, purchè tanto nella dimanda quanto nella convenzione si tratti d'interessi dovuti almeno per un anno intero.

SOMMARIO

I. L'anatocismo, o interesse d'interessi, è stato sempre vietato, ed è ancora per gl'interessi futuri. Per gl'interessi scaduti era egualmente vietata dopo Giustiniano, ma fu permesso dal nostro articolo per gl'interessi dovuti per un anno.

II. Secondo la interpretazione fina ad ora seguita il nostro articolo si applicherebbe alla convenzione relativa agli interessi futuri; restando permessa assolutamente, e senza alcuna condizione quella per gli interessi decorsi.

III. Confutazione di questo sistema.

IV. Non è illegale lo stipulare gl'interessi al 5 o 6 per 100 da pagarsi a semestre o a trimestre.

I—534. Lo interesse degli interessi, detto *anatocismo* (*da ana*, di nuovo, e *tocos* prodotto) non è stato mai assolutamente permesso. L'antico dritto romano lo ammetteva soltanto per gl'interessi *corsi*, non potendosi anticipatamente stipulare interessi *futuri* (Digest., lib. 12, tit. 6, 26, § 1). Il dritto Giustinianeo lo proibì del tutto, tanto per gli interessi corsi, che per quelli a correre, *nullo modo licere usuras PRÆ-*

(1) Toullier (VI, 272); Merlin (*Rép.*, alla parola *Interessi*); Duranton (X, 503); Zachariae (II, pagina 217).

* Leggasi una decisione della Corte Suprema di Napoli del 26 luglio 1836 (camere riunite) riferita da Annibale Giordano sotto la spiegazione dell'articolo 1007.

TERITI TEMPORIS vel futuri (Cod., L. 6, tit. 34, 28). Questo assoluto divieto fu mantenuto nel nostro antico dritto francese, e sebbene il dritto intermedio (leg. degli 11 aprile 1793) dichiarando il denaro una merce, permettesse il prestito ad interessi allora vietato, pure la giurisprudenza ritenne sempre illegale l'anatocismo di cui non vi si era fatto parola (Rigetto, 8 frimaio anno XII). Il Codice si è avvicinato all'antico dritto romano.

Il nostro articolo, come il dritto del digesto, non permette che producano interessi se non gl'interessi *corsi*, purchè sieno dovuti almeno per una annata; il che non era richiesto dal dritto romano. Avendovi prestato 40,000 franchi al 5 per 100, io posso a capo d'un anno, o con una convenzione espressa, ovvero con una domanda giudiziaria far correre gl'interessi dei 2,200 franchi dovutimi per l'annata del godimento dei 40.000; essendo interessi *corsi* e dovuti per una *intera annata*. Ma se secondo un uso quasi universale (non illegale, checchè ne abbian detto alcuni giureconsulti) i vostri interessi sono pagabili a semestre, io non potrei con dimanda giudiziaria o con convenzione, far produrre interessi ai mille franchi che mi dovete per il godimento di sei mesi, avvegnachè essendo *corsi* non sono più dovuti per *una annata*; vi sarebbe la prima, non la seconda condizione. — Viceversa, prestandovi 40,000 franchi, non potrei stipulare anticipatamente che al finire di ciascun anno, ritenendo gl'interessi dovuti, li unirete al capitale e mi pagherete gl'interessi l'anno seguente, mettendo così a capitale di anno in anno tutti gl'interessi del precedente. Sarebbero interessi di un'annata intera, ma non già *corsi* al tempo della convenzione; mancherebbe la prima condizione del nostro articolo, per cui non possono stabilirsi interessi *futuri temporis*.

II. — 535. Cotesta interpetrazione sembra così esatta da non potersi impugnare in faccia al testo della legge, e ai precedenti storici del Codice, e pure è contraria a quella adottata sinora dagli scrittori, e a cui pare voglia accostarsi la giurisprudenza (1).

Ecco ciò che si può dire per il sistema contrario, che sembra a primo aspetto razionale, ma che non potrebbe reggere alla critica.

« Quando gl'interessi d'un capitale sono attualmente corsi, formano realmente un capitale più piccolo, capace come qualunque altro, di produrre pure interessi. Imperocchè alla fine quando voi mi dovete 1,000 franchi per l'interesse d'una somma prestatavi, i 1,000 fr. che da voi ricevo, posso impiegarli immediatamente o con voi o con questo o quell'altro. Non v'è d'uopo pertanto d'un testo speciale, perchè si permetta di far produrre per convenzione interessi agl'interessi corsi: tal facoltà esce naturalmente dai principî generali. Dunque il nostro articolo permettendo con una speciale regola la convenzione d'interessi degli interessi, intende parlare d'interessi che dovranno correre al tempo della convenzione e che si dovranno appresso. L'articolo quindi deve intendersi così:

« Gl'interessi corsi possono produrre interessi, o con una domanda giudiziaria o con una convenzione speciale *fatta anticipatamente*, purchè sieno dovuti almeno per una intera annata ».

Così in questo sistema, gli interessi attualmente corsi, sebbene dovuti per un godimento di meno d'un anno, potrebbero produrne altri per effetto di una convenzione posteriore al termine posto; questo caso resterebbe governato dal dritto comune. Per gl'interessi a correre, e che formano l'oggetto d'una convenzione anteriore alla loro scadenza, era necessaria la regola speciale del nostro articolo.

III.—536. Per quanto possa parere plausibile siffatta spiegazione, ella è inesatta.

Primieramente, è per fermo di arbitrio il far dire alla legge che non ne fa motto, che

(1) Delvincourt, Toullier (VI, 271); Duranton (X, 490 e 500); Zachariae (II, p. 323); Paillet (*Enciclopedia del dritto*, alla parola *Analoc.*); Rig., 11 dic. 1811 (Devill., 45, 1, 97).

ella accenni a convenzioni anteriori al termine posto; la quale asserzione gratuita e divinatoria è già contraddetta dal testo del nostro, e del seguente articolo, i quali pareggiando la convenzione alla *domanda giudiziale*, indicano che si tratta d'una convenzione intorno agli interessi che si potrebbero giudiziaramente domandare, e perciò intorno ad interessi già corsi.

La storia del dritto su questa materia ci fa abbastanza conoscere la mente del legislatore. Se il nostro antico dritto francese non avesse vietato la convenzione di anatocismo per gl'interessi attualmente corsi, se la convenzione si fosse riguardata come cosa che andava da sè, e dovea governarsi col dritto comune, allora senza dubbio i compilatori non avrebbero pensato a permetterla, e sarebbe stato naturale il dire che la facoltà da essi accordata si applicasso alle convenzioni anteriori al termine posto, e che riguardavano interessi futuri. Ma quando si sa che per *milletrecento anni* la legislazione di Giustiniano, e la nostra vecchia giurisprudenza, e il dritto stesso intermedio avenno severamente vietato l'anatocismo tanto per gl'interessi corsi che per quelli a correre, *nullo modo vel præteriti temporis vel futuri*; non può immaginarsi che i nostri compilatori abbiano creduto andasse da sè, come dice Duranton, la convenzione *de usuris præteriti temporis*; al contrario facea d'uopo della espressa regola del nostro articolo, perchè divenisse possibile per lo innanzi una convenzione *proibita per milletrecento anni*.

Nè può far maraviglia che dal Codice non si ammetta l'anatocismo per convenzione anteriore al termine posto e per gli interessi futuri, perchè non fu ammesso in *nessun tempo*; lo stesso antico dritto romano permetteva *usuras usurarum*, ma non *usurarum futurarum*.

Questa regola è notevole tanto per la sua saggezza, che per la sua antichità; avvegnachè la convenzione preventiva e generale dello interesse degli interessi futuri è il miglior modo che possa immaginarsi per trarre in ruina i debitori. Quando gli interessi non possono altri produrne che con dimande giudiziarie, e con convenzioni rinnovate di anno in anno come vuole il nostro articolo, il debitore è avvertito della sua condizione ogni volta che gli si rende più grave, mentre che legandosi anticipatamente per quanto dura il prestito, con una convenzione, egli ciecamente confida, e non scorge il precipizio se non quando è profondo.

La specie giudicata dalla decisione del 1844 ce ne porge un vivo esempio, dappoichè un debito primitivo di 30,000 franchi ammontò, al termine posto, alla ingente somma di 92,000 franchi!

Il seguente articolo è prova che il nostro non ha voluto parlare che di convenzioni posteriori al termine posto, dicendo che per eccezione alla nostra regola le somme di cui parla, potranno produrre interessi sempre ed assolutamente dal giorno della dumanda o della *convenzione*. La legge pertanto intende che lo interesse degli interessi, secondo che saran dovuti o nò per una annata almeno, correrà o nò dal giorno della domanda o della *convenzione*. Ma il Codice intendendola così, non vuol quindi parlare d'una convenzione anteriore al termine posto degli interessi; avvegnachè se si trattasse d'una convenzione fatta prima, e innanzi che gl'interessi fossero esigibili, questi non potrebbero correre o non correre dal giorno della convenzione, ma dal giorno del termine posto. Se dunque il legislatore avesse nel nostro articolo voluto pensare come si vuole, non avrebbe scritto come ha fatto l'eccezione del seguente.

Il nostro articolo offre un altro argomento che basterebbe per sè solo a confutare il sistema finora seguito. Il testo, come abbiamo notato, pareggia la domanda giudiziaria alla convenzione, dandole la medesima forza. Ciò è di ragione, avvegnachè quando il mio debitore si nega di pagarmi gli interessi dovutimi, e di consentire che essi producano interessi, io non posso soggiacere al suo mal volere, e debbo ottenere giudiziariamente ciò che una convenzione mi avrebbe fatto ot-

tenere. Or la domanda giudiziaria che non può farsi se non per gli interessi già corsi, non può far sì che produrano interessi se non son dovuti per una annata: ciò è formale nel nostro articolo, il quale è stato falsamente interpetrato per il caso della convenzione. Pertanto non potrà la convenzione far pure produrre interessi ad interessi corsi se non quando fossero dovuti egualmente per una annata. Or se è nulla la convenzione riferentesi ad interessi corsi che son dovuti per meno di un anno, con più ragione nulla dev'esser quella che si riferisce ad interessi da correre.

Da ultimo, il concetto della legge vien provato dalla discussione del consiglio di Stato. Non altro mai si trattò che se gl'interessi già esigibili e liquidi nel giorno della convenzione potessero partorire altri interessi.—Pelet vuol sapere se si potranno « unire al primo capitale gl' *interessi liquidi* per far del tutto un solo e medesimo capitale ». — Cambacères vuole non potersi fare con una domanda giudiziaria, ma con una convenzione; « Se, egli dice, il creditore con una *nuova* convenzione aggiungendo al primo capitale gli interessi *corsi* stipulasse altri interessi, che diverrebbero il prezzo del *nuovo credito*, la convenzione sarebbe valida ». — Maleville ricorda, che secondo il dritto preesistente non potevansi riunire al capitale gl' interessi corsi, nè con una sentenza, nè con una convenzione, e vuol che si mantenga l'antico principio.—Regnault al contrario chiede « che tutti gli interessi fatti liquidi o di buon grado o giudiziariamente possano partorire interessi ». Fatte altre obbiezioni a cui Regnault risponde, Bigot osserva « che bisognerebbe almeno provvedere che non potesse esser chiesto o convenuto l'interesse degli interessi quando questi non si dovessero almeno per uno intero anno » — Dopo altra obbiezione di Tronchet, Cambacères, Lacuée e Treilhard adottano il sistema di Regnault e Bigot, e la sezione legislativa compilò e fece adottare l' articolo quale oggi leggesi nel Codice (Fenet, tom. XIII, pagina 61, 66). È pertanto non controverso, che il nostro articolo significa, siccome esce dai suoi termini, che quando gl'interessi sono già corsi e liquidi, e dovuti almeno per un anno, possono produrre interessi, o mercè una domanda giudiziaria, o mercè una novella convenzione ».

Adunque il contesto del nostro articolo e il suo intimo pensiero e i precedenti del Codice per 1300 anni, e le positive spiegazioni degli stessi compilatori, tutto prova che sia esatta la nostra interpetrazione (1).

IV. — 537. La legge, come di sopra abbiam detto, non vieta che si stipulino interessi al 5 o 6 per 100, pagabili a semestre e a trimestre. Il contrario vien sostenuto da alcuni giureconsulti i quali fan notare che il pagamento così diviso accresce alquanto gl'interessi facendo perdere al debitore per tutto il secondo semestre il godimento di ciò che ha pagato alla fine del primo; l'interesse stipulato allora al 5, al 6, eccede alquanto la tassa legale del 5 o 6.

Ciò è verissimo, ma non se ne deve inferire che la stipulazione ecceda per ciò i limiti legali. Il legislatore del 1807 conosceva benissimo che generalmente si costumava di dividere il pagamento degli interessi per trimestri o semestri, e così ha sempre pagato lo stesso stato. La legge che permette gl'interessi al 5, al 6, ha certamente inteso 5 o 6, pagabili per anno, o per intervallo di tre o sei mesi.

1155 (1108).—Ciò nondimeno le rendite scadute, come i fitti, le pigioni, e i proventi arretrati delle rendite perpetue, o vitalizie, producono interessi dal giorno della dimanda o della convenzione.

La stessa regola si osserva per le restituzioni dei frutti ed interessi pagati da un terzo al creditore a scarico del debitore.

(1) Confor. Nimes, 9 febbraro 1827; Poujol (numero 7).

538. Le rendite periodiche di cui parlasi nel primo paragrafo di questo articolo, non sono più interessi di capitale nè van governate dalla regola del precedente articolo sull'anatocismo. I prodotti d'una rendita perpetua o vitalizia possono cumularsi senza che il debitore potesse andare incontro al pericolo che presenterebbe il cumulo degl' interessi congiunti al capitale, dappoichè il debitore non dovrà mai pagarne il capitale tranne che nol voglia. Era pertanto naturale che le annate delle rendite non si pareggiassero cogli interessi d'un capitale esigibile. Le rendite dei poderi, delle case o altri beni dati in affitto, non sono il prodotto di una somma di denaro, nè la regola può ad esse applicarsi. Queste varie somme adunque si reggono col dritto comune, nè è vietato che producano interesse o con una domanda o con nuova convenzione, tostochè son dovute (anche per poco tempo) ovvero con convenzione anteriore al termine posto.

Allorchè il possessore d'un immobile rivendicato dal proprietario è condannato a restituirvene i frutti, cioè una somma che ne rappresenti il valore, tal somma che non costituisce l'interesse del capitale, potrà produrre interessi.

Finalmente una somma che io doveva per interessi, al mio creditore, e che fu pagata dal terzo, costituendo semplici interessi tra me ed il mio creditore, è certamente per me ed il terzo un capitale, e potrà produrre interessi in vantaggio di lui senza riguardare se io fossi debitore di quella somma per più o meno di un anno.

539. *Poniamo qui la indicazione dei numeri ove si trovano gli articoli di cui abbiamo dovuto sconvolgere l'ordine in questo capitolo.*

	numeri		numeri
1134-1135 (1088-1089)...............	463	1139 (1093)............................	510
1136 (1090)............................	477	1140-1141 (1094-1095)..........	487
1137 (1091)............................	505	1142 a 1155 (1096 a 1108).........	511
1138 (1ª parte) (1092)..................	480	1156 a 1164 (1109 a 1117).........	468
1138 (2ª parte) (1092).................	508	1165 a 1167 (1118 a 1120).........	491

CAPITOLO QUARTO

DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI

540. Questo capitolo, troppo vago nella sua rubrica non dicendo sotto qual rapporto vi sieno divise le obbligazioni, tratta soltanto delle diverse condizioni *cui possono andar soggette*. Così, sebbene le obbligazioni (per tacere che si dividono in convenzionali o non convenzionali) presentino specie distinte secondo che son naturali o civili (art. 1235 (1188), privilegiate o ordinarie (art. 2093 (1963)), di dare o di fare, principali o accessorie, esclusivamente personali, o trasmessibili agli aventicausa, ec., pure non si trattano qui queste idee. I nostri compilatori tuttochè riproducano la rubrica larga e comprensiva di Pothier che faceva rientrare nel suo disegno tutte le divisioni delle obbligazioni (2ª parte, num. 173) dividono qui le obbligazioni in varie specie sotto un aspetto molto più ristretto. Dai titoli delle sezioni ben si scorge come essi si occupino successivamente 1° Delle obbligazioni condizionali; — 2° Delle obbligazioni a termine; — 3° Delle obbligazioni alternative; — 4° Delle obbligazioni solidali; — 5° Delle obbligazioni divisibili e indivisibili; — 6° Delle obbligazioni con clausola penale.

Oltre tutto ciò noi spiegheremo alla fine della sezione IV, che tratta delle obbligazioni alternative, le obbligazioni facultative che hanno una tal quale rassomiglianza con le prime, ma che non bisogna confondere con esse; parleremo delle obbligazioni naturali sotto l'art. 1235 (1188).

SEZIONE PRIMA

DELLE OBBLIGAZIONI CONDIZIONALI

540 *bis*. L'obbligazione *condizionale* ha per suo correlativo la obbligazione *pura e semplice*, la quale ultima espressione offre secondo i casi due diversi sensi: se presa largamente, significa qualunque obbligazione non condizionale, compresa quella a termine, spesso anche indica soltanto quella che non ha nè termine, nè condizione. Di che segue che l'obbligazione a termine che spesso si oppone alla obbligazione pura e semplice, chiamasi pura e semplice riguardo alla obbligazione condizionale.

§ 1. — *Della condizione in generale e delle sue specie.*

541. La legge c'indica successivamente in questo paragrafo:

1° L'indole e le diverse specie della condizione (art. 1168-1174 (1121-1127)).

2° Le regole intorno al compiersi della condizione (art. 1175-1178 (1128-1131).

3° Gli effetti della condizione prima e dopo che si compia (art. 1179-1180 (1132-1133).

1. Che cosa sia la condizione: delle sue diverse specie.

1168 (1121). — L'obbligazione è condizionale quando si fa dipendere da un avvenimento futuro ed incerto, o tenendola in sospeso finchè l'avvenimento, accada o risolvendola in caso che l'evento succeda o non succeda.*

SOMMARIO

I. Che cosa sia la condizione. — È sempre sospensiva; dicesi risolutiva quella condizione che sospende la risoluzione del dritto, anzichè sospendere lo stesso dritto.
II. Osservazioni.

I. — 542. Dicesi condizione un avvenimento futuro ed incerto da cui dipenda la esistenza di un dritto (vedi la spiegazione dell'art. 1181 (1134)).

Giusta il nostro articolo l'avvenimento futuro ed incerto può costituire due sorta di condizioni secondo che sospende un dritto che finora non esiste, o può risolvere un dritto già esistente. Nel primo caso, quando per esempio ho detto « io vi vendo la mia casa per 25,000 franchi, se il tal naviglio ritorni dall'Indie » si dice esservi *condizione sospensiva*, e di questa specialmente si occuperà il secondo paragrafo (articolo 1181, 1182 (1134, 1135)). Nel secondo caso, se ho detto: « vi vendo la mia casa per 25,000 franchi, ma la vendita sarà come non fatta se il tal naviglio torni;

* D. 20 agosto 1840. Sul dubbio di legge proposto dalla Corte suprema di giustizia in Palermo nella causa Buceti e Sterio: « se il patto apposto in un contratto di mutuo senza interesse, che gli interessi siano dovuti quando non si paghino le rate del capitale fra i tempi determinati, costituisca una obbligazione con clausola penale o una obbligazione condizionale ». Visti gli art. 1121, 1179 e 1777 leggi civili. Considerando che le clausole penali non sospendano e risolvano le obbligazioni come avviene per le condizioni: — Che ogni convenzione la quale si rivochi sotto una condizione sia essenzialmente condizionale: — Che i mutui con interesse sieno una specie di prestito permesso letteralmente dalla legge.

1° Dichiariamo essere male applicata nella specie la regola della obbligazione con clausola penale.

dall'Indie » evvi *condizione risolutiva*, e questa forma l'oggetto del 3° paragrafo (articolo 1181, 1184 (1134, 1137)).

Il dividere la condizione in sospensiva e risolutiva è cosa di convenzione, maniera di dire che noi seguiremo perchè oggi generale, sebbene non esatta: non vi ha nè può esservi che la sola condizione sospensiva. — Che cosa è infatti una cosa soggetta a condizione? quella che forse esiste e non esiste, la cui esistenza è attualmente dubbia ed incerta, è in sospeso. Quando io dico: « io vi vendo se...» « voi siete proprietario se...» « io sono vostro creditore se...» non si può dire per ora che la vendita, la proprietà, o il credito esistano; e nemmeno che non esistano; l'esistenza della cosa è incerta, è realmente sottoposta ad una condizione sospensiva. Al contrario, il dritto che esiste oggi e che può soltanto risolversi, non è nè può essere condizionale, avvegnachè fa d'uopo che esista in atto per potersi risolvere, ed esistendo attualmente non è dunque soggetto a condizione. Gli è vero che nelle formole « io vi vendo, ma la vendita si risolverà se... » « voi siete proprietario, ma la vostra proprietà verrà meno se... » « sono vostro creditore, ma il mio credito sarà come non avvenuto se... » evvi realmente una condizione; ma anzichè riferirsi al dritto, riferiscesi alla *risoluzione* di esso, cotalchè il dritto è puro e semplice, e condizionale la sua risoluzione. E si noti che la condizione, riferentesi qui alla risoluzione del dritto puro e semplice, è sempre sospensiva, come la condizione che si riferisce più sopra allo stesso dritto.

Ciò è palpabile, e materialmente si dimostra per così dire guardando la formola, avvegnachè essa contenga qui due proposizioni, delle quali soltanto quella che stabilisce la risoluzione porge il SE indicante la condizione, dove ne va senza la prima che ferma il dritto: 1° « voi siete proprietario », ecco una proposizione pura e semplice, che stabilisce un dritto puro e semplice; 2° la vostra proprietà si risolverà se... »; ecco la risoluzione condizionale cui va soggetto il dritto puro e semplice.

Pertanto non vi ha nè può esservi che la sola condizione sospensiva, la quale sospenda e renda incerta la esistenza di ciò a cui si applica; se non che essa può applicarsi o al dritto stesso, o semplicemente alla risoluzione di esso. Così per quel che riguarda la nostra materia, l'obbligazione veramente condizionale è quella soggetta ad una condizione sospensiva; quella che dicesi soggetta a condizione risolutiva, è una obbligazione pura e semplice, soggetta ad una risoluzione condizionale. Ciò aveano benissimo manifestato i giureconsulti romani; *obligatio pura quae sub conditione resolvitur;* e Pothier senza far notare la inesattezza delle parole *condizione risolutiva*, avea detto almeno essere perfetta sin dal momento del contratto la obbligazione soggetta ad una condizione risolutiva, potere il creditore domandarne il pagamento (n. 224); ed egli avea soltanto chiamato *obbligazioni condizionali* quelle soggette ad una condizione sospensiva, e le altre *obbligazioni risolubili* (si paragoni la rubrica del suo articolo 2°).

II. — 543. Del resto, se importa conoscere a dentro coteste idee, non monta se si esprimano in questo o in quel modo; potendosi senza inconveniente parlare, come si usa, di condizione sospensiva e di condizione risolutiva. Oggi si comprende esser cosa naturale che si facesse così. Invero, qualunque condizione ha uno effetto retroattivo (articolo 1179 (1132)), e la risoluzione condizionale compiendosi fa che l'obbligazione non sia mai esistita; quindi la condizione che si riferisce alla risoluzione del dritto riportasi anche mediatamente ma necessariamente allo stesso dritto. Serviamoci dunque del linguaggio comune senza censurarlo, ma ricordiamoci che l'obbligazione soggetta a condizione sospensiva dipende direttamente dalla condizione, mentre l'obbligazione soggetta a condizione risolutiva è quella che esiste da oggi, e può soltanto condizionatamente risolversi.

Del resto, sebbene nol dica il nostro articolo, il non avverarsi o l'avverarsi del-

l'avvenimento può esser obbietto della condizione tanto se sia sospensiva che se risolutiva; se io posso sottoporre la risoluzione di una vendita alla condizione che quel naviglio tornerà dall' Indie, ovvero che non tornerà (come lo articolo dice alla fine); io posso far che la vendita resti soggetta all' una o all' altra di quelle condizioni, quantunque lo articolo nel suo mezzo parla solo della prima. Pertanto la condizione può essere *positiva* o *negativa*, tanto se si riferisca al dritto stesso, quanto se si rapporti alla risoluzione di esso.

544. Importa da ultimo osservare che nel trasferire i dritti reali la condizione da cui si fa dipendere la esistenza del dritto per una delle parti, importa sempre, per l' indole stessa delle cose, la condizione contraria per l'altra parte; di modo che se l' acquirente ottenga il dritto soggetto a condizione sospensiva, colui che aliena lo conserva soggetto a condizione risolutiva, e viceversa. Così dicendo ; « Vi vendo la mia casa per 25,000 franchi se torni quel naviglio » voi non avete immediatamente il dritto di proprietà, ma solo il germe, voi siete proprietario soggetto alla condizione sospensiva che ritorni il naviglio; e quindi io rimanendo al presente proprietario, vo suggetto alla condizione risolutiva dello stesso avvenimento. In vero, il ritorno del naviglio dandovi la proprietà con effetto retroattivo risolverà similmente la mia. Se ho detto « vi vendo la mia casa, ma la vendita si risolverà se torni il naviglio » voi siete immediatamente proprietario, ma soggetto a quella condizione risolutiva; e quindi io cesso d'esser proprietario e posso solo ridivenirlo, son proprietario soggetto a condizione sospensiva. In fatti il ritorno del naviglio che farebbe risolvere la vostra proprietà, ritornerebbe la mia.— Dunque nel trasferirsi un dritto da uno ad altri, la condizione da cui esso dipende per l' uno, fa sempre dipendere il dritto per l' altro dalla contraria condizione.

1169 (1122). — La condizione casuale è quella che dipende dal caso, e che non è in potere nè del creditore nè del debitore.

1170 (1123). — La condizione potestativa è quella che fa dipendere l'esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà dell'una o dell'altra parte contraente di far succedere o d'impedire.

1171 (1124). — La condizione mista è quella che dipende nel tempo stesso dalla volontà di una delle parti contraenti, e dalla volontà di un terzo.

545. Il Codice avendo diviso implicitamente nell'art. **1168 (1121)** le condizioni in sospensive e risolutive, in positive e negative, le divide, espressamente ma con poco interesse, in cotesti tre articoli in *casuali*, *potestative* e *miste*.

Nel sistema del Codice la condizione è casuale 1° quando l' avvenimento non dipenda affatto dalla volontà di una delle parti, o dipenda del tutto dal caso (ad esempio, se i ricolti saranno buoni), o del tutto dalla volontà di un terzo (se quegli mi consente un dritto di passaggio sulle sue terre), o in uno dalla volontà di un terzo e dal caso (se quel giovane ottiene la laurea di medico); 2° quando dipendendo in parte dalla volontà di una delle parti, dipenda anche dal caso, tanto che quella volontà non possa far che si compia o pur nò (se in ho figli). La condizione è mista se dipenda dal concorso della volontà di una parte, e dalla volontà di un terzo, articolo **1171 (1124)**. — Essa è potestativa quando secondo l'andamento delle cose sta nell'una delle parti il compiersi o pur nò dell'avvenimento, quando pure vi entrasse l'accidente (se io getterò a terra quel muro, se farò fabbricare una casa).

546. Questa divisione che fu mal copiata dal Pothier (n. **201**) non è affatto utile, anzi, come vedremo, pericolosa per il modo onde fu compilato l' artic. **1174**

(1127); se non vi fossero stati questi tre articoli, sarebbe stato meglio.

1172 (1125). — Qualunque condizione di una cosa impossibile, o contraria ai buoni costumi o proibita dalla legge, è nulla e rende nulla la convenzione che ne dipende.

SOMMARIO

I. Cotesta regola copiata con poca intelligenza da Pothier è troppo generale. Limitazioni quanto alla condizione sospensiva.
II. E quanto alla condizione risolutiva.

I.—**547.** Vedemmo sotto l'articolo 900 (816) che per un uso cui non possiamo giustificare, i nostri legislatori adottarono pei testamenti, ed estesero alle donazioni fra vivi, una regola ben contraria a quella del nostro articolo, che consiste nel rendere pura e semplice la disposizione togliendo di mezzo la condizione impossibile od illecita.

Copiando la disposizione del nostro artic. 1172 (1125) dal § 1 del n. 204 di Pothier, ebbero il torto di non fare quelle distinzioni, che in esso erano tra le condizioni positive e negative, sospensive e risolutive, e quindi la loro regola diventò falsa perchè troppo generale. Non è vero che ogni condizione (positiva, negativa, sospensiva, risolutiva) che abbia per oggetto una cosa impossibile, immorale o illecita, renda nulla la convenzione a cui è apposta.

Quando, per esempio, io dico « la mia casa è vostra per 20,000 franchi, se io non fermo il sole » gli è manifesto che se la condizione è necessariamente nulla, la convenzione anzichè nulla, è invece pura e semplice, da oggi perfetta e irrevocabile. Ciò benissimo spiegava Pothier (§ 4); ciò compresero i compilatori tanto che fecero seguire il nostro dall'artic. 1173 (1126) onde restringendo la regola assoluta del primo, dire che ove la condizione fosse di non fare una cosa impossibile, l'obbligazione non sarebbe nulla.

548. Ma non basta la restrizione che al nostro articolo fa il seguente, per la condizione soltanto di una cosa impossibile. Infatti, quand'anche la condizione negativa, quella cioè di non fare, riguardasse una cosa contraria alle leggi ed ai costumi, una cosa illecita, non sarebbe sempre nulla, anzi spesso sarebbe conforme alle regole del dritto e della sana morale che si mantenessero e riconoscessero valide la condizione e la convenzione che ne dipenda. Ci si offre qui una distinzione sfuggita a Pothier. Quando a fin di render forte la vostra volontà e ajutarvi a vincere la passione per quella donna ad altrui moglie, abbiam convenuto che io vi cederò per un tal prezzo la mia casa di campagna che avete desiderato da lungo tempo acquistare, ma con l'espressa condizione « se voi non anderete più da quella donna » noi abbiamo fatto cosa onestissima e la religione non che la legge vogliono conservato un simile contratto. Se all'incontro un birbone ha voluto astenersi da una cattiva azione mercè un prezzo da me ottenuto, la mia promessa non è certamente obbligatoria. — Tal dottrina venne professata da Pothier i di cui principî sono stati qui riprodotti dai passi monchi estratti dal suo numero 204. Egli incominciava dal dire che la condizione di una cosa impossibile o illecita non rende l'atto assolutamente e sempre nullo, se non quando ella è *positiva*, cioè consiste in *faciendo* (§ 2). La negativa che consiste in *non faciendo* non rende mai nulla la obbligazione se la cosa è impossibile (come vien ripetuto dall'art. 1173 (1126)), ma se è contraria ai costumi e alle leggi, *ella può secondo i casi* render nullo l'atto, essendo contrario alla giustizia che si stipuli un prezzo per non fare ciò di cui è dovere astenersi (parag. 4).

II. — **549.** La regola del nostro artico-

lo è anche falsa perchè troppo generale, e i nostri compilatori che l'ebbero copiata da Pothier, si sono anche allontanati, senza volerlo, nè avvedersene, dal pensiero della loro guida per quanto riguarda la condizione risolutiva.

Infatti Pothier nel suo numero 204 intendeva solo parlare delle condizioni sospensive, avvegnachè di esse si occupi in tutto il suo articolo 1° (n. 198 a 223), parlando delle condizioni risolutive nel suo secondo articolo (n. 224 e seguenti). Per l'opposito il nostro articolo che vien dopo l'art. 1168 (1121) abbraccia pure le condizioni risolutive a cui non può del pari applicarsi.

Così la convenzione che è nulla quando ho detto: « vi vendo la mia casa se voi fermate il sole » è valida, pura semplice e irrevocabile se ho detto: « vi vendo la mia casa, ma la vendita sarà risoluta se io fermo il sole: » ma qui rendesi impossibile lo scioglimento della obbligazione, come nel primo caso il suo effettuirsi.

550. La regola per la natura stessa delle cose sarà per la condizione risolutiva, il contrario di quel che sia per la sospensiva, cioè bisognerà applicare in un caso alla condizione di fare, ciò che si dice nell'altro delle obbligazioni di non fare, e viceversa. — Così essendo sospesa la obbligazione, la condizione di *fare* la cosa trae sempre la nullità, sia la cosa impossibile o illecita non monta; la condizione di *non fare* lascia l'atto valido per una cosa impossibile ed ora nullo, or valido per una cosa illecita. Essendo condizionale al contrario, lo scioglimento, la condizione di *non fare* renderà sempre l'atto nullo o per una cosa impossibile, o per una cosa illecita, mentre che la condizione di *fare* lascerà valida la convenzione per una cosa impossibile, e nulla o valida secondo i casi per una cosa illecita.

1173 (1126). — La condizione di non fare una cosa impossibile, non rende nulla l'obbligazione contratta sotto tal condizione.

N. B. Questo articolo è spiegato da ciò che abbiam detto sotto il precedente.

1174 (1127). — Ogni obbligazione è nulla, quando è stata contratta sotto una condizione potestativa per parte di colui che si obbliga.

551. Questo articolo deve intendersi con discernimento, perchè la condizione potestativa di cui tratta, non è, come potrebbe credersi, quell'altra di cui parla l'articolo 1170 (1123).

Quest'ultimo chiama potestativa qualunque condizione, che fa dipendere la esecuzione della convenzione da un avvenimento che è in facoltà della persona di far succedere o di impedire. Così, prendendo l'impegno di pagarvi 2,000 franchi se fo sul mio terreno alcune piantagioni o costruzioni che nascondano le vostre vedute, o se non tolgo quegli alberi che coprono la vostra casa, o se apro nella stessa strada una bottega che faccia concorrenza con la vostra, sono queste nel senso dell'art. 1170 (1123) obbligazioni con condizione potestativa; e quindi sarebbero nulle, se queste parole significassero il medesimo che nel nostro articolo. Or non è dubbio che simiglianti obbligazioni non siano perfettamente valide. Ma da lato alle condizioni che son potestative perchè han per oggetto un fatto dipendente dalla volontà, ve ne ha di quelle che son tali perchè han per oggetto direttamente la stessa volontà: « Io vi pagherò 2.000 franchi se lo credo a proposito, se mi conviene ». Le une consistono in FACTO a *voluntate pendente*; le altre consistono in *ipsa et mera* VOLUNTATE. È stato sempre inteso che queste ultime, chiamate per distinguersi condizioni PURAMENTE *potestative*, impedivano che si formasse l'obbligazione, non essendovi certamente legame nella seguente

promessa « io sarò legato se voglio, *si voluero* ».

Ma oltre questa prima distinzione delle condizioni in *potestative* e in *meramente potestative*, è necessario dividere le prime in due classi secondo l'indole e le circostanze del fatto preso per obbietto della condizione. Infatti, il compire un fatto o lo astenersene potranno alle volte esser così facili e di poco momento, che si dovrà ritenere anche la condizione come se esistesse in *ipsa et mera voluntate*: « Vi darò la tal cosa se bevo o non bevo quella bottiglia di vino, se fo o non quella passeggiata » ec. In simigliante caso, sebbene la condizione consista in *facto*, e non sia quindi di quelle che si son sempre chiamate puramente potestative, io non sono ancora realmente legato. Di più, il nostro articolo nel di cui progetto erasi soltanto parlato della condizione puramente potestativa, non serba più la parola puramente per le osservazioni del Tribunato (Fenet, XIII, p. 13, 148).

552. Bisogna in somma per seguire il linguaggio del Codice, distinguere tre classi di condizioni potestative, di cui le due prime, e non l'ultima traggono la nullità di cui parla il nostro articolo. Ciò sono 1° quelle il di cui oggetto consiste *in ipsa voluntate*, e che significano nettamente *si voluero*; 2° quelle che consistono *in facto*, ma nelle quali il compiere il fatto o l'astenersene dipende dal capriccio del debitore tanto che escludano la esistenza di un vincolo ed equivalgano al *si voluero*, 3° infine quelle nelle quali le circostanze son tali che il debitore non possa far compiere o mancare il fatto che con un pregiudizio che garantisca il creditore contro il capriccio di lui, ovvero procurando al creditore un vantaggio che gli offra un compenso per lo inadempimento della promessa. Queste ultime sole sfuggono alla disposizione del nostro articolo (1).

2. Del compimento delle condizioni.

1175 (1128). — Qualunque condizione debbe essere adempita nella maniera che le parti hanno verisimilmente voluto ed inteso che lo fosse.

553. Questo articolo, riprodotto come gli altri da Pothier (n. 206), tronca la vecchia quistione, se la condizione debba necessariamente compiersi nei medesimi termini in cui è concepita, *in forma specifica*, o se basti il compiersi per *aequipollens*.

Il Codice con Pothier e con la ragione dice esser questa una quistione di intenzione che dovrà decidersi secondo le circostanze. Avendo contratto con voi una qualsiasi obbligazione soggetta alla condizione « se voi mi procuriate 25 luigi da qui ad un mese » starà nel giudice il conoscere se siesi voluto soltanto parlare di una somma di 500 franchi, non importa se in oro o in argento, o voluto realmente dire di 25 pezzi di oro, di 20 franchi per uno.

1176 (1129). — Quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che un avvenimento succeda in un tempo determinato, una tale condizione si stima mancata, se il tempo sia spirato senza che sia accaduto l'avvenimento. — Se non vi è tempo determinato, la condizione può sempre adempirsi; e non si ha per mancata se non quando sia certo che non accaderà l'avvenimento.

554. Allorquando mi avrete promesso 1,000 franchi, *se il tal naviglio torni in quest'anno*, la condizione è mancata e la obbligazione vien meno, se passato l'anno

(1) Sotto l'art. 1185 (1138) parleremo della obbligazione non sotto la condizione *si voluero*, ma col termine *cum voluero*.

il naviglio non torna. Se mi avete promesso i 1,000 franchi, *se quel naviglio ritorni*, non apponendo alla condizione alcun termine, l'obbligazione è sempre sospesa dopo uno, due o tre anni, e fino a che non sarà certo che il naviglio non tornerà. Siffatte proposizioni non valeva certo la pena che si scrivessero nella legge.

Del resto, i compilatori nella seconda frase del nostro articolo han posto una regola troppo assoluta, la quale essendo troppo generale, può diventar falsa.

Quando mi sono obbligato a pagarvi 500 franchi se voi tagliate quell'albero che offende la mia veduta, non ho voluto essere perennemente insieme coi miei successori in vostra balìa, e la condizione che deve sempre eseguirsi come le parti hanno verisimilmente voluto (artic. **1175** (**1128**)), tanto per il tempo che sotto qualunque altro rapporto, deve compiersi da voi in un tempo ragionevole, dopo il quale verrà meno la mia obbligazione. Potrò dunque, insorgendo difficoltà, far che il giudice stabilisca un termine, scorso il quale la condizione sarà mancata.

1177 (**1130**). — Quando una obbligazione si è contratta sotto la condizione che l'avvenimento non succeda in un dato tempo, tal condizione resta adempiuta, allorchè questo è spirato senza che sia succeduto l'avvenimento. Essa si adempie egualmente, se prima del termine sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere, e se non vi è tempo determinato, non si verifica se non quando sia certo che l'avvenimento non sarà per succedere.

555. Allorchè mi avete promesso **1,000** franchi se il tal naviglio non ritorni in quest'anno, e passa l'anno senza che esso ritorni, la condizione è compiuta, e la vostra obbligazione diventa pura e semplice, e può venire immediatamente pretesa. Così parimente, se innanzi di passar l'anno, gli è certo che il naviglio non tornerà; se, per esempio, è noto di aver fatto naufragio. Ma non potrebbe immediatamente pretendersi che si adempia l'obbligazione se il termine fosse stato apposto ad essa medesima: vi pagherò **1,000** franchi in un anno se quel naviglio non torna prima. In tal caso l'obbligazione è in uno condizionale, e a termine; e sebbene essa dopo due o tre mesi, diventa pura e semplice per la certezza acquistata che il naviglio non può più tornare, riman sempre obbligazione a termine, e il creditore per pretenderne lo adempimento, deve certamente aspettare che spiri l'anno.

556. Del resto, è necessario fare qui un'osservazione analoga a quella fatta sotto il precedente articolo. Se la condizione negativa a cui non si è posto termine, è potestativa per il debitore, e consiste in un fatto che riguarda il creditore; se, ad esempio, vi siete obbligato a darmi **500** franchi se non fate togliere quell'albero che nuoce al mio ricolto, posso fare che si stabilisca un termine entro cui dovrete pagarmi la somma, essendosi compiuta la condizione come noi l'abbiamo intesa. — L'una delle scuole dei giureconsulti romani ebbe diversa sentenza; ma Pothier la respinse come contraria allo spirito del nostro dritto francese, e non potrebbe oggidì esser dubbia in faccia all' articolo **1175** (**1128**).

1178 (**1131**). — La condizione si ha per adempita, quando il debitore obbligato sotto la stessa sia quegli che ne abbia impedito l'adempimento.*

557. Questa regola, conforme del tutto alla ragione e alla giustizia, è stata tolta dal num. **212** di Pothier che la ebbe cavata dal diritto romano. — Ma è necessa-

* Se l'adempimento della condizione dipende da un terzo, si ha per adempita quando dalla parte si è fatto il *totum posse*. C. S. di Napoli 1° ottobre 1839.

rio, come avvertiva Pothier, e venio indicato dalla legge romana, che il debitore abbia a bella posta impedito che si compisse, o almeno cagionatolo direttamente per sua colpa, non bastando che ne fosse stato la occasione involontaria: *quicumque sub conditione obligatus*, CURAVERIT *ne conditio existeret*, *nihilominus obligatur (L. 115, § 2, de verborum obligatione)*.

Siccome la condizione si tien per compiuta, benchè non sia, quando il debitore ha impedito che si compisse, si dovrà, viceversa, ammettere il medesimo, quando il creditore abbia fatto ciò che da lui dipendeva per compiere la condizione potestativa, o almeno quando egli non sia tenuto del non essersi compita? Io prometto 1,000 franchi a mio fratello se libera da qui a sei mesi il suo negro Giacomo, e questi muore quindici giorni dopo la promessa; avrà dritto mio fratello ai 1,000 franchi? Il dritto romano, e Pothier (numero 213) decidevano che la condizione si tenesse per compita nei legati (ad esempio, se avessi *legato* i 1,000 franchi a mio fratello nella sopra riferita specie); ma non già negli atti fra vivi.

Crediamo che oggidì, tacendone il Codice, la quistione sarebbe d'intenzione, e si dovrebbero valutare le circostanze, tanto pei legati che per le obbligazioni. Se è manifesto che il testatore o chi prometto abbia voluto assegnar la somma per il solo buon volere del padrone, basterà che si provi come egli fosse inchinevole a liberare il negro, perchè gli sia dovuta la somma; ma se nella intenzione di quello i mille franchi dovevano esser pagati per la liberazione già fatta, e come ristoro della perdita che egli farebbe, la condizione è mancata, essendo divenuta impossibile la liberazione.

3. Dell'effetto delle condizioni.

1179 (1132).—La condizione adempita ha un effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione.

Se il creditore è morto prima che si verifichi la condizione, le sue ragioni passano al suo erede.

558. L'obbligazione condizionale, e in generale ogni dritto condizionale di qualsivoglia natura, non è un dritto che *esisterà o non esisterà* (nell'avvenire), secondochè giunga o no quell'avvenimento; ma un dritto che soggetto alla condizione prevista esiste o no da oggi: il dritto non ha, nè avrà mai esistito se la condizione non si compia, esiste invece da oggi, se la condizione appresso si compia.—La formola della obbligazione condizionale non è: « Vi dovrò se...» ma « Vi devo se...» L'obbligazione che rientra nella formola « Vi dovrò se...» sarebbe insieme condizionale e a termine. La condizione dunque tostochè si compia ha un effetto che retroagisce al punto stesso del contratto. E siccome gli effetti delle nostre convenzioni possono trasmettersi ai nostri eredi, rappresentanti o aventi-causa, tranne che non risalti altramente dall'indole speciale del contratto; o da una espressa dichiarazione (articolo 1122 (1076)), ne sorge che la condizione partorirà lo stesso effetto, o si compia in vita del creditore, o dopo lui morto.

Non è così nei legati, i quali sarebbero caduchi se il legatario morisse prima che la condizione si compia (articolo 1040 (995)). Anche nei legati la condizione ha effetto retroattivo; ma il legato che si è fatto per la stessa persona del legatario, deve darsi a lui stesso, e non può passare ai suoi eredi.

559. La condizione compiuta retroagisce al momento stesso del contratto, e fa che l'obbligazione sia stata pura e semplice; di che sorge che vengono meno i dritti reali che il debitore avrebbe potuto consentire, *pendente conditione*, sopra l'immobile che avea promesso di consegnare. Ne viene anche che i frutti da lui percepiti in quel tempo appartengano, almeno in prin-

cipio, al creditore. Pure quanto ai frutti viene insegnato il contrario da Toullier (VI, 82); e da Duranton (XI-82), ma non crediamo si possa giustificare la loro dottrina, che vuol negare l'effetto retroattivo stanziato dal nostro articolo.

Toullier dice, che il debitore fa suoi i frutti qual possessore di buona fede: gli è un errore, poichè egli sa che alienato l'immobile sotto una condizione sospensiva, egli non ne era più proprietario che sotto una condizione risolutiva.

Duranton dice, la vendita non essere perfetta; nè acquistare la sua efficacia che collo avvenimento della condizione, e a contare da esso; ma così si dimentica l'indole della condizione, e se si disconosce, l'effetto retroattivo che fa risalire tutta la forza del contratto al giorno in cui esso si è fatto.

Duranton si appoggia sopra una frase della legge 8 del digesto lib. 18, t. 6, il cui senso non ben colse e che nulla prova contra di noi. Essa a dire di lui significherebbe che non ostante il compiersi della condizione i frutti corsi innanzi che si avverasse, appartengono al debitore, quand'anche il compratore fosse stato già in possesso. È un errore: quella frase non parla degli effetti della condizione compiuta, ma soltanto di ciò che avviene *fino a quando ella è sospesa*. Eccovi quella frase: *quod si* PENDENTE CONDITIONE *res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est repetitur, et fructus medii temporis venditoris sunt*. — Che non si tratti della condizione compiuta, ben sorge dal permettersi al compratore di ripetere ciò che avrebbe pagato del suo prezzo. Dippiù Cujacio e Pothier hanno dato lo stesso senso al testo romano che Duranton non ha ben compreso; e noi vedremo più innanzi come il dotto professore si metta in opposizione colla dottrina qui da lui professata (art. 1182 in fine (1135)).

È forza dunque riconoscere che in principio il compiersi della condizione attribuisca retroattivamente i frutti al compratore, e quindi anche gl' interessi del prezzo al venditore.—Ma bisognerebbe decidere altrimenti, se risultasse infatto dalle circostanze che sia stato diverso l'intendimento comune delle parti (Vedi pure l'art. 1514 (T), n. II).

1180 (1133).—Il creditore può, prima che siasi verificata la condizione, esercitare, tutti gli atti che tendono a conservare il suo dritto.

560. Finchè la condizione non è compiuta, non vi ha in rigore nè credito, nè creditore, o almeno s'ignora se ve ne sia; chi ha stipulato sotto una condizione, è forse creditore e forse no. Ma se egli non ha ancora un credito certo, almeno ha la speranza che è un certo dritto nè gli può essere ritolto dall'altra parte; gli è per questo che egli è facultato a prendere tutti i provvedimenti tendenti a conservare il dritto, a garentire il suo credito eventuale.

§ 2.—*Della condizione sospensiva.*

1181 (1134).—L'obbligazione contratta sotto una *condizione sospensiva* è quella che dipende o da un avvenimento futuro ed incerto o da un avvenimento succeduto attualmente, ma non per anche noto alle parti.

Nel primo caso non può eseguirsi la obbligazione se non dopo l' avvenimento.

Nel secondo l'obbligazione ha il suo effetto dal giorno in cui è stata contratta.*

* È un errore il credere che non si diano condizioni sospensive tacite: esse possono esistere implicitamente negli atti per opera della legge che le supplisca, o per la natura stessa dell'affare, o infine per la presunta volontà delle parti. C. S. di Napoli, 24 luglio 1852 (cam. riun.).

561. Questo articolo è del tutto inutile perchè si è detto che cosa sia la obbligazione soggetta a condizione sospensiva (articolo 1168 (1121)) ed è poi inesatto indicar non una ma due classi di tal condizione. L'obbligazione sotto condizione sospensiva è quella che deve esistere o non esistere secondo che avvenga o non avvenga un avvenimento futuro ed incerto, io farò o darò la tal cosa se quel naviglio ritorna ad Havre. L'obbligazione che le parti fan dipendere da un fatto che essi ignorano ma che è già avvenuto, non è punto condizionale: quando io prometto di fare o di dare qualche cosa se quel naviglio sia giunto al presente in Havre, ovvero se la regina d'Inghilterra viva tuttavia, la obbligazione si presenta condizionale, ma ella è da oggi pura e semplice se esiste il fatto preveduto, ovvero nel caso contrario, non esisterà mai. Ciò spiegava benissimo Pothier (n. 202) e chiaramente anche dicea la legge romana. Dippiù l'ultimo paragrafo del nostro articolo confuta la proposizione del primo con dire che nel secondo caso la obbligazione ha immediatamente il suo effetto. — Per altro, se la obbligazione in tal caso non è condizionale, essa è necessariamente a termine, non potendosi eseguire che posciachè si avranno le notizie sulla esistenza o non esistenza del fatto preveduto.

Il secondo paragrafo del nostro articolo è anche poco esatto pel dire, che l'obbligazione veramente condizionale non potrà eseguirsi se non dopo l'avvenimento; carattere della obbligazione a termine la quale esiste da oggi, ma non può eseguirsi se non dopo il tempo stabilito. Bisognava dire che l'obbligazione condizionale esiste quando si compirà l'avvenimento.

1182 (1135). — Quando è stata contratta l'obbligazione sotto una condizione sospensiva, la cosa che forma il soggetto della convenzione, rimane a rischio del debitore che non si è obbligato di consegnarlo, se non nel caso dello evento della condizione.

Se la cosa è interamente perita senza colpa del debitore, l'obbligazione è estinta.

Se la cosa è deteriorata senza colpa del debitore, il creditore ha la scelta, o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, senza diminuzione di prezzo.

Se la cosa è deteriorata per colpa del debitore, il creditore ha il diritto, o di sciogliere l'obbligazione, o di esigere la cosa nello stato in cui si trova, insieme coi danni ed interessi.

562. La legge qui suppone che la obbligazione contratta sotto una condizione sospensiva, sia di consegnare un corpo certo e determinato.

Finchè la condizione è sospesa, il creditore non ha per anco la proprietà della cosa, ma soltanto la speranza di conseguirla; quindi la perdita della cosa va ai danni del debitore che ne è ancora il proprietario. E la condizione vanamente si compirebbe, distrutta che sia la cosa, avvegnachè allora l'obbligazione del debitore della cosa, ad esempio del venditore, non può più nascere per mancanza di oggetto, e di conseguenza quella del compratore non può più nascere per mancanza di causa. Pertanto sono conformi ai principî i due primi paragrafi del nostro articolo, tranne che il secondo si esprime male con dire che l'obbligazione del venditore sarà estinta; essa non può estinguersi perchè non è mai esistita; bisognava dire che questa obbligazione, come la correlativa di pagare il prezzo, non passono più formarsi.

Il quarto ed ultimo paragrafo è similmente conforme ai principî. Esso dice che se la cosa venduta con condizione, anzichè perire *pendente conditione*, si è solo deteriorata per colpa del venditore, il compratore ha la scelta, o di sciogliere il contratto, o di prendere la cosa per il prezzo minore che oggi vale, ottenendo nell'uno e nell'altro caso i danni-interessi contro il

venditore che per sua colpa non gli avea fatto conseguire l'oggetto nello stato in cui egli voleva e doveva averlo.

Diciamo che i danni ed interessi saranno dovuti nell'uno come nell'altro caso, e tanto se il compratore vorrà sciogliere il contratto, quanto se vorrà la cosa. Imperciocchè egli ha maggior torto nel primo che nel secondo caso; se il ristoro gli è dovuto quando vuol prendersi l'oggetto deteriorato ma per un prezzo minore, e quando l'oggetto può ancora, sebbene men pienamente, tornargli utile, come non gli sarebbe dovuto quando l'oggetto non può fare più allo scopo, e sarà forse difficile, forse anche impossibile procurarsene un altro? In ambi i casi si applica certamente l'articolo 1382 (1336).

563. Ma non è men conforme ai principî il terzo paragrafo del nostro articolo il quale faculta il compratore a prendere la cosa, o a sciogliere il contratto, quando il deterioramento non è imputabile al venditore, o al altro debitore. Allora non si accordano più al creditore danni-interessi, e la cosa egli la prende al medesimo prezzo; ma è contrario al dritto e all'equità che egli possa fare sciogliere il contratto.

Gli eventi non buoni al pari che i buoni non devono correre per lui? Se la cosa si fosse migliorata o accresciuta, il venditore avrebbe forse potuto far risolvere il contratto? Il dritto romano non che il nostro antico dritto avevano ciò benissimo compreso (Pothier, n. 219); nè può giustificarsi questo mutamento degli antichi principî che è insieme una contraddizione alla regola della retroattività della condizione. Ma *statuit lex*.

Duranton (XI, 80) che censura al par di noi questa derogazione ai principî, ne fa poi argomento al n. 82, § 4, per non fare che si applichi ai frutti il principio dello effetto retroattivo della condizione. I casi non formalmente previsti dalla legge, non devono forse essere decisi coi principî anzichè colle eccezioni? Questa regola di logica non diviene anche più imperiosa, essendosi riconosciuta viziosa la eccezione e degna di censura? Forse non divien per ciò palpabile che ove non sorga altramente dalle circostanze, i frutti debbano regolarsi col principio dell'art. 1179 (1132), e non con la eccezione riconosciuta non buona nel paragrafo 3 del nostro articolo?

§ 3. — *Della condizione risolutiva.*

1183 (1136). — La *condizione risolutiva* è quella che verificandosi produce la rivocazione dell'obbligazione, e rimette le cose nel medesimo stato, come l'obbligazione non si fosse contratta.

Questa condizione non sospende la esecuzione dell'obbligazione: essa obbliga soltanto il creditore a restituire ciò che ha ricevuto, nel caso che l'avvenimento preveduto colla condizione abbia luogo.*

SOMMARIO

I. Rimando all'art. 1168 (1121). *La condizione risolutiva, come la sospensiva, produce il suo effetto quando si compie prima che la cosa costituente l'oggetto dello obbligazione si distrugga. Si dissente da Duranton.*

II. Così in cui la condizione risolutiva non avrebbe effetto retroattivo. Osservazioni quanto agli atti di amministrazione.

I. — 564. Questa regola ben si comprende con le spiegazioni date da noi sotto l'artic. 1168 (1121) da cui risulta che la obbligazione detta sotto condizione risolu-

* La condizione risolutiva dà alla parte la scelta della esecuzione o dello scioglimento del contratto, con la rimessione delle cose allo stato primiero. C. S. di Napoli, 5 sett. 1831.

tiva è una obbligazione pura e semplice soggetta ad una risoluzione condizionale.

L'obbligazione, sendo pura e semplice, deve eseguirsi immediatamente come dice il nostro secondo paragrafo. Se non che la esecuzione dev' essere revocata, e vengono meno la obbligazione insieme con tutte le sue conseguenze già avverate o da avverarsi, se si effettui lo scioglimento condizionale, secondo vien detto dal primo paragrafo e dalla fine del secondo. Per esempio, colui che per effetto della condizione risolutiva restituirà un immobile, dovrà restituire anche i frutti come è stato di sopra detto, tranne che dalle circostanze non emerga altro essere stato l' intendimento delle parti.

Ma perchè tai risultamenti si avverino, è necessario che la condizione risolutiva si compia efficacemente, cioè in un punto in cui può produrre i suoi effetti. Vi vendo il mio cavallo per 800 franchi, ma resta convenuto doversi risolvere la vendita se quel naviglio ritornerà dalle Indie; il cavallo che io vi ho consegnato, e voi avete anche pagato, muore per caso fortuito e poi giunge il naviglio. Allora si compie indarno la condizione, nè si darà luogo allo scioglimento, mancando l'oggetto cui possa riferirsi, cioè il vostro dritto di proprietà che più non esiste, essendo morto il cavallo; voi non potete essere obbligato a darmi il cavallo che non esiste, e non potendo più formarsi per mancanza dello oggetto siffatta obbligazione, non può per mancanza di causa formarsi la mia di restituirvi gli 800 franchi.

Questo ci sembra diventar manifesto, e per dir così palpabile con la osservazione fatta da noi sotto l'art. 1168 (1121), che chi è creditore sotto una condizione, è perciò debitore sotto la condizione opposta. Allorchè dunque io vi son debitore del tal cavallo il quale vi appartiene sotto la condizione *risolutiva*, che quel naviglio ritornerà, il cavallo appartiene a me, e voi siete obbligato a rilasciarmelo sotto la condizione *sospensiva* dello stesso avvenimento. Pertanto la regola che l'artic. precedente 1182 (1135) riferisce al *debitore* sotto condizione *sospensiva*, è riferita per ciò al *creditore* sotto condizione *risolutiva*; or conforme questo articolo che per altro applica in ciò i principî generali, il debitore sotto condizione sospensiva ha la cosa ai suoi rischi, e la vede perire per se, per la semplice ragione che egli ne è presentemente il proprietario. La nostra quistione adunque vien risoluta insieme e dai principî generali e dal testo positivo del nostro articolo 1182 (1135); e applicandosi questo per forza ai due casi, la nostra sezione non ripete la sua regola per il secondo.

565. Duranton non di meno insegna il contrario (XI, 91), e meravigliandosi che il Codice non decida una quistione così importante (mentre oltrechè positivamente dall'art. 1182 (1135), sarebbe abbastanza risoluta dai principî generali), sostiene che la condizione che si compie poscia che la cosa siesi distrutta, darà sempre luogo alla revoca, obbligando colui a cui la cosa doveva restituirsi, a consegnare il prezzo ricevuto.

Duranton a fin di stabilire cotal dottrina si sforza prima di distruggere, o almeno di scemare l'identità che esiste fra il creditore sotto condizione risolutiva, e il debitore sotto condizione sospensiva.

Questa identità è profondamente vera, dimostrata abbastanza dalla natura stessa delle cose, e non crediamo necessario confutare qui gli sforzi del dotto professore, il quale si appoggia ad una legge romana (L. 2, parag. 1, nel digesto, lib. 18, tit. 2) che non serve al suo sistema, decidendo nel modo più esplicito la quistione nel nostro senso. In essa si tratta di una vendita fatta *cum addictione in diem*, sotto la condizione che sarà risoluta se da qui a quel tempo io non abbia più vantaggiose offerte, e dice Ulpiano: *Julianus scribit hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari* ET PERICULUM AD EUM PERTINERE SI RES INTERIERIT. Egli è vero che il giureconsulto Paolo nella legge che immediatamente segue, a dimostrare come quella sentenza sia vera osserva, che nella specie la condizione

risolutiva non può compiersi più tardi, avvegnachè non vi possono essere altre offerte per una cosa che più non esiste, *quoniam post interitum rei nec adferri possit melior conditio*. Ma ciò importa che la condizione risolutiva si compirebbe efficacemente dopo che la cosa pere, se l'avvenimento previsto fosse diverso e tale da effettuarsi dopo il deperimento? Gratuitamente lo asserisce Duranton per la sua tesi. Egli infine allega il testo del nostro articolo secondo cui la condizione risolutiva rimette le cose in quel medesimo stato che se l'obbligazione non fosse esistita; ma non è egli chiaro che la legge vuole parlare d'una condizione che si compia in tempo utile? Senza fallo la condizione risolutiva al par della sospensiva, ha un effetto retroattivo, ma sol quando si compie innanzi che pera la cosa. Altramente bisognerebbe pur dire che non fu distinzione l'art. 1179 (1132), stanziando la regola generale e comune alle due condizioni; e dichiarando assolutamente, che avveratasi la condizione ha un effetto retroattivo al giorno della obbligaziune; di conseguenza avendovi promesso il mio cavallo per 800 franchi se quel naviglio giungerà, il suo arrivo anche posteriore alla morte del cavallo, fa sì che la nostra convenzione sia stata pura e semplice fin dal principio! Il nostro art. 1183 (1136) non che l'art. 1179 (1132) indicano gli effetti della condizione che si avvera in tempo utile, e specialmente innanzi di perire la cosa che forma l'oggetto del contratto.

II. — 566. La proposizione del nostri articoli 1179 e 1183 (1132 e 1136) colla quale è indicato l'effetto della condizione avverata, anche limitata in questo modo siccome impongono i principi e han certamente pensato i compilatori, non sarà sempre vera alla lettera, e bisogna fare un'altra restrizione a cui non si badò, perchè relativa ad un caso particolare.

Se vi siete obbligato, per esempio, a pagarmi 1,200 franchi per anno, ma stipulando che vi sarete liberato se io conseguissi quel posto, la vostra obbligazione contratta in questi termini è soggetta ad una condizione risolutiva, ma non delle ordinarie. In fatti la risoluzione non è qui soltanto condizionale, dipendendo anche da un termine a contar da cui avrà il suo effetto. La vostra convenzione vuol dire, che voi non più mi pagherete i mille 200 franchi se io consegua quel posto, e che non me li pagherete più dal giorno in cui avrò ottenuto quel posto. Non ci è bisogno di allegare qui l'effetto retroattivo al giorno del contratto, nè dire col nostro art. 1183 (1136) che le cose saran rimesse nello stesso stato come se l'obbligazione non fosse mai esistita.

Del rimanente, la condizione o risolutiva, o sospensiva non avrà mai effetto retroattivo per gli atti di amministrazione di beni, come pei fitti. Necessariamente e per l'indole stessa delle cose, colui che sarà definitivamente il vero proprietario, si suppone aver dato a chi sarebbe attualmente proprietario apparente, un mandato tacito di far validamente tutti gli atti di amministrazione.

1184 (1137).—La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti sinallagmatici, nel caso che una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In tal caso il contratto non è sciolto *ipso jure*. La parte verso cui non si è eseguita l'obbligazione, ha la scelta, o di costringere l'altra allo adempimento della convenzione, quando ciò sia possibile, o di domandarne lo scioglimento insieme coi danni ed interessi.

La risoluzione della convenzione dee domandarsi giudizialmente, e può accordarsi al convenuto una dilazione secondo le circostanze.

SUMMARIO

I. Della condizione risolutiva tacita che esiste in tutti i contratti bilaterali.
II. Del patto commissorio e dei suoi effetti.
III. In tutti i casi la risoluzione ha il suo effetto contro i terzi acquirenti. Quanto dura l'azione di risoluzione.

I. — 567. La legge che qui veglia sollecita agli interessi dei contraenti, e prende per essi le precauzioni che i medesimi non sempre prenderebbero, dichiara che nei contratti sinallagmatici ciascuna parte si stimerà avere stipulato che la sua obbligazione sarà risoluta e la convenzione come non avvenuta, se l'altra parte non adempia la sua. Quindi ogni contratto bilaterale è soggetto per regola generale ad una condizione risolutiva per ciascheduno dei contraenti.

Ma tal condizione tacita e sottintesa (chiamata anche perciò *legale*) non ha un effetto così energico come la condizione risolutiva ordinaria di cui parla il precedente articolo; la quale *ipso facto* e per lo effetto immediato del suo avverarsi effettua lo scioglimento, mentre quella del nostro articolo invece fa che si domandi solo al giudice non obbligato a pronunziarlo incontanente, e che può secondo le circostanze accordare al convenuto un termine per adempire. Ben si comprende che la parte facendo dichiarare lo scioglimento, può ottenere danni ed interessi per il pregiudizio che dal ritardato adempimento gli sarebbe provenuto (art. 1382 (1336)). Per altro, la parte che può volere o che si adempia la obbligazione o che si risolva è naturalmente facultata a passare dall'uno all'altro partito; e può sempre domandare la esecuzione dopo chiesto lo scioglimento, o viceversa, finchè l'altra parte non abbia dichiarato di aderire alla domanda fatta, il che formerebbe un nuovo contratto, o non siesi pronunziata una sentenza che sarebbe il quasi-contratto giudiziario e produrrebbe lo stesso effetto (Cassazione. 2 dic. 1811).

II. — 568. Si potrebbe dapprima ritenere, che essendosi espressamente stipulato da una parte lo scioglimento perchè l'altra non abbia adempito, questa clausola formi una condizione risolutiva ordinaria, di cui gli effetti sono naturalmente regolati dai precedenti articoli. Ma non è così; questa clausola nota col nome di *patto commissorio* ha le sue speciali regole.

Così nella condizione risolutiva ordinaria, il contratto è come non avvenuto per ciascuna delle parti da quando si compie la condizione, ed esse non potrebbero volerne di nuovo lo adempimento che di comune accordo e con un altro contratto; e ciò, sebbene vi sia stato qualche dubbio, si avvera tanto per la condizione risolutiva potestativa, che per quella risolutiva casuale (Toullier, VI, 552-554). Se io dichiari di vendervi la mia casa per tal prezzo, stipulando che l'obbligazione sarà risoluta se quel naviglio torni in questo anno, o se voi fate o non fate quel viaggio a Marsiglia, l'avvenimento della condizione prevista annullerà la convenzione, nè io potrò più costringervi a ritenervi la casa pagandomene il prezzo, nè voi potreste costringermi a lasciarvela. Il nostro contratto è rigorosamente come non avvenuto; e quando pure noi converremo di non tenere ragione della condizione avverata e di lasciarvi la casa, conservando per me o il prezzo ricevuto, o il credito del prezzo non ancora pagato, non si manterrebbe così il primo contratto, ma se ne farebbe uno nuovo, e voi sareste proprietario dell'immobile a contare da questa nuova convenzione. — Al contrario, trattandosi della condizione risolutiva speciale che si è chiamata *patto commissorio*, il contratto, non ostante siasi avverata la prevista condizione, non è risoluto se non quando ciò vorrà la parte che abbia stipulato la condizione, e sarà mantenuto se così voglia non ostante che diversamente intenda l'altra parte. Quando vi ho venduto la mia casa stipulando che la vendita sarebbe ri-

soluta se voi non pagliate il prezzo al termine posto, il non pagare allora il prezzo, sebbene con ciò si avveri la condizione risolutiva scritta nel contratto, non rivocherà necessariamente la nostra convenzione, ed io potrò costringervi ad eseguirla, e perseguitarvi onde ottenere il prezzo che voi non volete pagarmi. Infatti, una tale condizione per l'indole stessa delle cose non è scritta assolutamente, ma con un fine puramente relativo allo stipulante il quale è libero di non usarne; essa è soggetta a quella restrizione sottintesa: « tranne che io non voglia piuttosto attenermi al mio contratto, ed usare le vie legali per giungere mio malgrado allo adempimento di esso ».

569. Questa prima differenza fra la condizione risolutiva ordinaria, e quella che si cava dall'inadempimento o clausola commissoria, ha tratto il nostro legislatore a bandirne un' altra che era stata esagerata dal nostro antico dritto, che il Codice spinge forse un po' in là, ma che in fondo, e dentro giusti confini, è perfettamente razionale. Dipendendo lo scioglimento, nel caso che trattiamo, dalla volontà dello stipulante, non si può dunque dire che esso avrà sempre luogo, come nei casi ordinari, *ipso facto* per il solo fatto dello avverarsi la condizione: bisognerà che la volontà dello stipulante si sia manifestata. La nostra antica giurisprudenza abusando di tale idea, aveva perfino deciso che, quale che si fossero i termini del contratto, non vi sarebbe mai scioglimento per effetto del patto commissorio, se non quando il giudice, citato il debitore e valutate le circostanze, abbia dovuto dichiarare la revoca del contratto.

Così, allorquando le parti avessero espressamente stabilito che la mancanza di adempimento al tempo posto, scioglierebbe immediate il contratto di pieno dritto e senza bisogno di alcuna formalità, bisognava non di meno ricorrere alle formalità di cui si era voluto affrancare, e lo scioglimento non poteva risultare che dalla sentenza del giudice, libero sempre di dichiarare come volesse, dietro lo esame dei fatti (Pothier, n. 636, o 672 *secondo la edizione* e *Contr. di vendita*, n. 459). Con ciò si violerebbe stranamente il sacro principio della libertà delle convenzioni. Il Codice si è guardato dal riprodurre un siffatto principio, ed ecco la distinzione che sembra derivare dai suoi testi non abbastanza chiari su ciò.

Se la parte dicendo anche che lo scioglimento avrà effetto *di pieno dritto*, non abbia aggiunto non essere bisogno di alcuna intimazione o citazione (o altri termini equivalenti), lo scioglimento deriverà solo dalla intimazione di eseguire rimasta inefficace (art. 1656, 1139 (1502, 1093). Rig. 19 ag. 1824). Se all'incontro si è detto nel contratto che darebbesi luogo allo scioglimento per il solo fatto del non adempimento, e *senza bisogno di intimazione nè di alcuna altra formalità*, allora soltanto lo scioglimento avrà effetto *de plano* (art. 1139 (1093). Parigi 22 novembre 1816) ; ma lo stipulante avrà sempre la facoltà di rinunciare al beneficio dello scioglimento, e pretendere la esecuzione.

III.—**570.** Lo scioglimento risultante, o dalla condizione tacita di cui è discorso nel nostro articolo, o dalla clausola commissoria di cui abbiam parlato nel n. II, può opporsi, come quello che deriverebbe da una condizione risolutiva ordinaria, ai terzi acquirenti, o a tutti coloro che avrebbero ottenuto un qualsivoglia dritto sopra l'immobile: *soluto jure dantis*, *solvitur jus accipientis*. Una decisione di Besanzone che aveva deciso il contrario, è stata con ragione cassa dalla Corte suprema (2 dicembre 1811).

La domanda di scioglimento non è una azione di rescissione del contratto poichè non s' impugna la convenzione, ma si domanda lo adempimento della clausola espressa o sottintesa. L' azione pertanto non si prescriverebbe in dieci anni secondo l'articolo 1304 (1258), ma in trenta secondo l'art. 2262 (2169); però i terzi con giusto titolo e con la buona fede prescriverebbero in dieci, o venti anni, conforme l'art. 2265 (2172).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI A TERMINE

1185 (1138). — Il *termine* è diverso dalla condizione, in quanto non sospende l'obbligazione, ma ne ritarda soltanto la esecuzione.

571. L'obbligazione a termine è quella non sospesa nè risolubile per un avvenimento futuro ed incerto, ma di cui soltanto lo adempimento vien differito fino ad un avvenimento futuro, ma certo: vi pagherò mille franchi in un anno. Quindi l'obbligazione a termine esiste immediatamente con tutta la sua forza giuridica, cotalchè non dovrebbe prendersi alla lettera quello che sovente si ripete: « Nulla deve chi ha un termine », essendo vero che chi gode di un termine non sia obbligato di pagare al presente, ma non già che egli non sia al presente debitore.

Vedemmo sotto l'art. **1174** (**1127**) essere nulla l'obbligazione quando chi promette abbia contratto con la condizione *si voluero*: ma non già quella in cui si sarebbe detto: « io farò o darò quella cosa *cum voluero* ». Non si può qui dire che manchi il vincolo, poichè esso si forma immediatamente fin dal momento del contratto, e il *cum voluero* differisce solo l'adempimento della obbligazione. Senza fallo sarebbe ancora nulla la convenzione, se in fatto si fosse voluto fare uno scherzo, il che sarebbe certamente un caso rarissimo; quando le parti avranno agito sul serio, si dovrà solo esaminare, ove sorga quistione, qual sia la latitudine lasciata al debitore. Quando io vi presto il mio cavallo per coltivare le vostre terre, e vi dò facoltà di restituirmelo quando vorrete, potrete tenerlo cinque o sei settimane, come otto giorni; alle volte il *cum voluero* potrà estendere il termine a tutta la vita del debitore.

Si distingue il termine di dritto che risulta dalla stessa convenzione, e il termine di grazia che il giudice può delle volte accordare senza che le parti lo abbiano convenuto (art. **1214** Codice civile (**1167**) art. **122**, **124** Codice proc. (**216**, **218**)). Il termine di dritto è espresso, o tacito secondo che sia stato formalmente convenuto, o risulti soltanto dall'indole del contratto. Obbligandomi in Parigi di consegnarvi in questa città il mobile che vi dico di aver lasciato a Rouen, noi tacitamente conveghiamo che mi abbia il termine necessario onde far venire quel mobile.

1186 (**1139**). — Ciò che si dee a tempo determinato, non può esigersi prima della scadenza del termine; ma non può ripetersi ciò che si è pagato anticipatamente.

572. Ciò che è dovuto a termine non si può pretendere innanzi che esso giunga, e il termine corre spirato che è l'ultimo giorno. La prima proposizione del nostro articolo non offre alcuna difficoltà; non così la seconda che dichiara non potersi ripetere ciò che è stato pagato anticipatamente.

In Roma colui che pagava prima del termine anche per errore, e nella ignoranza del termine, non poteva ripetere, perchè l'azione di reclamo di una cosa indebitamente pagata, la *condictio indebiti*, azione di stretto dritto, e non di buona fede, non poteva accordarsi se non a chi rigorosamente avea pagato ciò che non doveva. Ma non era questo il caso di un debitore a termine, il quale è al presente debitore, soggetto ad una obbligazione da oggi perfetta. Pothier (n. **230**) riproducendo questa dottrina, dice « chi ha promesso sotto condizione non è debitore... d'on-

de segue che se per errore egli pagasse innanzi la condizione, potrebbe ripetere ciò che ha pagato. Al contrario, chi deve a termine è realmente debitore, e ciò che egli pagasse prima del termine non potrebbe ripeterlo, avendo pagato ciò che realmente doveva ».

Ma il nostro articolo intende negare che si ripeta assolutamente e senza riguardo fra chi ha liberamente pagato con conoscenza di causa, e chi lo ignorato il termine? Non dubitiamo di rispondere del nò, mentro la decisione opposta sarebbe certamente contraria non solo ai principî dell'equità, ma altresì allo spirito generale del nostro dritto moderno, e all'intendimento dei compilatori dell'articolo.

573. Quando alla morte di mio padre io trovo un testamento che mi incarica di pagare immediatamente 20,000 franchi a Paolo, e posciachè glieli ho pagato ne rinvengo un altro che rivocando il primo mi accorda due anni per pagare a Paolo quella somma, non ho io procurato a costui un vantaggio maggiore di quello che gli era realmente dovuto, avendo egli avuto di più l'interesse del denaro per due anni, cioè 2,000 franchi? La legge romana, non ostante le sottigliezze spesso inique del suo *strictum jus*, riconosceva questa verità, avvegnachè se il pagar troppo tardi importa pagar meno, *minus solvit qui tardius solvit*, il pagar troppo presto vale pagar di più. Ora se la legge romana non tien ragione di questo principio d'equità nei suoi contratti *strictis juris*, che importa a noi che riconosciamo soltanto *contratti bonæ fidei*; e mentre la legge dichiara che tutte le convenzioni debbano eseguirsi di buona fede (art. 1134 (1088)).

I principî generali del nostro dritto giustificano il senso dato da noi al nostro articolo. Ma anche i compilatori pensarono così. Imperciocchè avanti il Corpo legislativo l'oratore del Governo diceva su questo articolo, che « se il debitore ha *liberamente* soddisfatto anticipatamente alla sua obbligazione, non sarebbe giusto dargli facoltà di domandarne la ripetizione » (Fenet, XIII, pag. 244).

È dunque certo che il nostro articolo intende parlare del solo debitore che abbia pagato rinunziando al termine che egli conosceva; i compilatori ebbero riprodotto semplicemente la frase di Pothier, perchè la proposizione di questo scrittore (che abbracciava il caso di errore, soltanto per il rapporto con la proposizione scritta nel precedente paragrafo per l'obbligazione condizionale) diveniva capace di un senso men largo, essendo isolata com'è nel Codice.

574. Fa meraviglia che nessun scrittore che noi conosciamo abbia ancora stabilito questo punto di dritto. Bousquet (n. 5 sopra l'articolo) e Toullier (VI, 675) sembra che intendano l'articolo nel nostro senso, ma anzichè darne alcuna ragione, essi nemmeno si spiegano positivamente. Delvincourt decide come il dritto romano e Pothier, non potersi ripetere. Duranton (XI, 113) tratta la quistione a lungo risolvendola come noi, ma sebbene la *decida* in dritto, non la *discute* che secondo l'equità; di modo che basterebbe rispondergli: « l'articolo può essere cattivo com'è il paragrafo 3 dell'art. 1182 (1135), ma infine è la legge: *dura lex, scripta tamen* », Dalloz (cap. IV, sez. 3, n. 16) analizza solo le due contrarie sentenze di Duranton e di Delvincourt, ma non ci dà la sua; Zachariæ e i suoi annotatori (II, p. 308, nota 5) lasciano come Dalloz indecisa la quistione. Duvergier nelle sue note sopra Toullier non ne fa parola.

1187 (1140). — Il termine si presume sempre stipulato a favore del debitore, quando non risulti dalla stipulazione o dalle circostanze che siasi convenuto egualmente a favore del creditore.*

* Quando il giorno stabilito per fare una data cosa è festivo, si può farla nel dì seguente. C. S. di Napoli, 27 sett. 1826.

575. Il termine può essere stipulato nello interesse del solo debitore, o nello interesse comune del debitore e del creditore, o nell'unico interesse del creditore. Quegli in di cui esclusivo vantaggio è stato stipulato qualunque dritto, potendo sempre rinunziarvi, ne segue, che se il termine è posto per il debitore, questi può costringere il creditore a riceversi il pagamento prima del termine; se è posto per il creditore questi costringerà il debitore al pagamento; ma se il termine è posto nello interesse dei contraenti, non si può prevenire che col consenso dell'uno e dell'altro. Il termine per l'indole stessa delle cose si reputa sempre di pieno dritto posto per il solo debitore, e di conseguenza al creditore che pretende diversamente, spetta la prova, o coi termini stessi della convenzione, o per l'indole della convenzione, o con altre circostanze.

1188 (1141). — Il debitore non può più reclamare il beneficio del termine, quando si è reso decotto, o quando per fatto proprio ha determinato la cautela che aveva date col contratto al suo creditore.*

SOMMARIO

I. Il debitore perde il beneficio del termine 1° per il suo fallimento o la sua decozione; 2° quando egli sminuisce le garenzie date, o non dà quelle promesse.
II. Gli è pur così per i crediti ipotecari.
III. Il creditore innanzi il termine posto può prendere tutti i provvedimenti conservatori. Distinzione a farsi sulla quistione se egli possa far condannare al presente il debitore onde pagare al termine posto.

I. — 576. Il nostro articolo fa due eccezioni alla regola che il debitore non può esser costretto da eseguire prima del termine (tranne che questo non sia stipulato nell'interesse unico del creditore, come nel deposito). Il debito a termine diviene immediatamente esigibile 1° quando il debitore fallisce o divien decotto, sebbene nol dica il nostro articolo; 2° quando egli ha scemato le garenzie date al creditore, o non dà quelle promesse.

Diciamo che il debito a termine può esigersi tanto nella decozione, che nel fallimento.

La decozione in fatti è la ruina del debitore non commerciante, mentre il fallimento è lo stato del commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti (artic. 437 (429) Codice commerciale). Ora un commerciante non può continuare più i suoi pagamenti, e quindi è in istato di fallimento, sebbene possa ancora pagare, mentre la insolventezza rende decotto il non commerciante. Dunque *a fortiori* deve alla decozione applicarsi il nostro articolo. Dippiù l'art. 1913 (1785) dichiara che il fallimento o la *decozione* del debitore renda esigibile anche i capitali delle rendite perpetue, quali secondo il dritto comune non possono venir richiesti, il che è molto più grave che lo affrettare soltanto uno adempimento che avrebbe potuto richiedersi appresso.

È pertanto certo che nel *fallimento* si è voluto qui comprendere tanto il fallimento propriamente detto, quanto il fallimento del non commerciante, ossia la decozione. Cioè tanto più certo che positivamente fu detto nella discussione del consiglio di Stato: « Si può fallire senza essere negoziante, diceva Treilhard; in vero il fallimento allora chiamasi *decozione*; ma essendo una la cosa, non importa il nome » (Fenet, pag. 69). Diciamo pure che lo scemare le sicurezze promesse nel contratto partorirebbe lo stesso effetto che lo scemar quelle che si fossero date, *Eadem ratio, idem jus*; e l'art. 1912 (1784) permette che si ri-

* Un debito pagabile a rate, diventa esigibile nella totalità, se i beni del debitore siano soggetti ad espropria. C. S. di Napoli, 3 mar. 1833.

chieda il rimborso d'una rendita perpetua quando il debitore non ha dato le garenzie promesse (Conf. Pau, 3 luglio 1807).

Del resto, il debitore che ha scemato col suo fatto le garenzie date, sarebbe decaduto dal beneficio del termine, sebbene di nuove ne offrisse, avvegnachè non sia degno di confidenza, e il creditore abbia troppo giusta ragione di temere che delle garenzie novelle avverrebbe lo stesso che delle prime. Quanto al caso in cui le garenzie sieno scemate senza il fatto del debitore *vedete* la spiegazione degli articoli **2020, 2131 (1892, 2017).**

II. — 577. Tanto per il fallimento o la decozione, quanto per la mancanza delle garenzie date o promesse, tutti i crediti divengono esigibili, compresivi gli ipotecari, nè il nostro articolo nè l'art. 444 (436) C. comm. (448 antico) fanno distinzione. Dopo lunga discussione nella quale parecchi membri del consiglio di Stato chiedevano che si eccettuassero dalla regola del nostro articolo i crediti ipotecari, l'artic. fu adottato senza restrizione. essendosi riconosciuto che col sistema contrario sarebbe molto difficile il render liquidi questi diversi crediti (Fenet, XIII, p. 68-70).

Si era giudicato nel 1811 (Bruxelles) che il creditore ipotecario non può immediatamente domandare la espropriazione dell'immobile ipotecato, ma la posteriore giurisprudenza ha rigettato con ragione questo sistema (1).

L'articolo 123 Codice procedura (218) indica varie circostanze per le quali il debitore incorre pure nella decadenza. Ma queste cause di decadenza sono stabilite per il termine di *grazia*, e bisognerebbe quindi guardarsi dallo estenderli al termine convenzionale che ha necessariamente una maggior forza.

III. — 578. Ben si comprende che il creditore può, quando il debitore conserva il beneficio del suo termine, prendere tutti i provvedimenti conservatori del suo credito, imperocchè questo dritto è dato dalla legge al semplice creditore condizionale a quello di cui è incerto ancora il credito. Il creditore a termine potrebbe dunque chiedere in giudizio il riconoscimento e la verificazione della scrittura. Ma potrebbe inoltre chiedere una sentenza che condannasse ora il debitore a pagare al termine posto? Noi crediamo con Toullier (XI, 666) e Dalloz (cap. IV, sez. 3, n. 6) che una tal condanna dovrebbe esser negata in generale, ma pronunziarsi se il debitore si comportasse siffattamente col suo creditore, da far sospettare della sua buona fede, e dello adempimento della sua obbligazione. La Corte suprema ha così giudicato con una decisione di rigetto del 14 messidoro anno XIII.

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE

1189 (1142). — Chi ha contratto una *obbligazione alternativa*, se ne libera col consegnare una delle due cose comprese nella obbligazione.

579. L'obbligazione alternativa è quella di cui il debitore può liberarsi consegnando una o altra cosa. « Io vi darò il mio cavallo o il mio bue ; vi pagherò 1,000 franchi o farò quel viaggio per voi;—farò quella fabbrica o vi abbandonerò il mio podere, ovvero vi pagherò 100,000 franchi ». Il nostro articolo adunque si pone sotto un aspetto molto stretto dicendo che il debitore sarà liberato *col consegnare una delle cose*; avvegnachè una delle cose della obbligazione, o ciascuna di esse può essere o il compimento di un fatto, o lo astenersi da un fatto. Bisognava dire

(1) Bordeaux, 22 ott. 1827; Rouen, 22 febbraro 1844, mantenuto in cassazione il 10 marzo 1845 (Devill., 45, 1, 601).

più generalmente *col consegnare una delle cose comprese nella obbligazione*.

La scelta della consegna a fare può essere o del debitore o del creditore ; ma in principio appartiene al debitore, come vedremo col seguente articolo, ed al creditore quando si è espressamente detto.

Sebbene l'obbligazione di cui è parola, presenti alternativamente più prestazioni, si vede che in fondo una sola di esse è veramente l'oggetto della obbligazione: non vi è che un oggetto, ma esso è incerto, può esser questo o quell' altro fino alla scelta , e secondo che essa sarà fatta da colui cui appartiene. Fatta la quale scelta retroagirà al giorno stesso della convenzione , e l' obbligazione si riterrà non avere avuto altro oggetto che lo scelto. Questo oggetto in fatti o ciascuno degli altri è stato dovuto fin dal principio con questa condizione : *se desso sia scelto*. Dunque avendomi dato in proprietà il vostro naviglio o la vostra casa, quell'una delle due cose che sarà scelta, mi sarà appartenuta *ab origine*, e il mio credito sarà e sarà stato sempre, o mobiliare se io ricevo il naviglio, o immobiliare se la casa.

1190 (1143).—La scelta appartiene al debitore , se non è stata espressamente accordata al creditore.

580. Poichè la libertà delle persone è il dritto comune, e le obbligazioni, i legami delle persone ne sono una derogazione, deve meglio restringersi che estendersi la obbligazione ; e di conseguenza essendosi obbligato alcuno a questa cosa o a quell'altra alternativamente, egli deve aver facoltà di liberarsi di quel modo che gli piacerà meglio.*

1191 (1144). — Il debitore può liberarsi, consegnando una delle due cose promesse, ma non può astringere il creditore a ricevere parte dell'una e parte dell'altra.

581. Se il debito che ha per oggetti alternativi, cose divisibili, fosse di parecchi debitori (o perchè vi fossero stati sin da principio parecchi debitori , o perchè vi fossero più eredi di un solo debitore) questi varî debitori, ognuno dei quali deve la sua porzione del debito (art. 1220 (1173)), non sarebbero meno obbligati di combinarsi fra loro, acciocchè ognuno desse la sua parte nella medesima cosa. Quando Pietro è tenuto a darmi a suo talento 5 ettari di terra, o 5,000, fr., e lascia cinque eredi, ciascuno di loro avrà il dritto di darmi un sol quinto della cosa , per cui si decideranno , nè io potrò perseguirne un solo per l'intero senza contraffare all'artic. 1220 (1173); ma bisognerà che ciascuno di loro mi dia un quinto della stessa cosa, ognuno 1,000 fr. ovvero un ettaro di un determinato podere , senza di che si violerebbe il nostro articolo 1191 (1144). Anche per uno o più creditori , che avessero la scelta, si applicherebbe pure il nostro articolo. Il che è necessaria conseguenza dell'avere la obbligazione alternativa per oggetto non una parte di quella cosa , o di quell' altra , ma quella cosa per intero, o quell'altra, anche per intero.

Ma se l'obbligazione alternativa avesse per oggetto delle cose da consegnarsi a periodo, come per esempio una rendita annuale di 60 franchi o di una foglietta di vino , quegli che ne ha la scelta po-

* Vedi Delvincourt, tom. 2, pag. 135; Toullier, tom. 6, n. 686 e seg., Favard, voce *Obbligazione*, sez. 3. § 1, n. 1; Duranton, tom. 11, n. 132 e seguenti; Pothier, *Obbligaz.*, n. 245 e seg., e Proudhon, *Usufr.*, tom. 6.

trebbe in ogni anno scegliere una delle due cose. La nostra regola impedirebbe solo che si desse o si domandasse per uno stesso anno trenta franchi, e una mezza foglietta di vino.

1192 (1145). — L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice, se una delle due cose promesse non poteva essere il soggetto dell'obbligazione.

582. Se ho promesso di darvi 1,000 franchi o una sfinge, fabbricarvi una casa o fare il giro del mondo in otto giorni; consegnarvi il mio podere, o dividere più tardi con voi la eredità di mio padre ancora vivente (art. 1130 (1084)), essendo fisicamente o legalmente impossibile una delle due indicate consegne, nè potendo esser l'oggetto dell'obbligazione, ne consegnita che la mia obbligazione ha unico oggetto, e da oggi determinato; alternativo nella forma, ma realmente è semplice.

Il nostro articolo non dovrebbe applicarsi alla lettera a tutti i casi che possano avvenire, dappoichè la forma alternativa potrebbe nascondere un' obbligazione semplice, ma radicalmente nulla, fatta con clausola penale, similmente nulla. Se avessi detto: « mi obbligo di pagarvi 10,000 fr. o di uccidere vostro padre da qui ad un mese » la mia promessa vorrebbe dire: « vi prometto di uccidere vostro padre, e non attenendo la promessa, vi pagherò 10,000, fr. ». La obbligazione sarebbe dunque nulla giusta i termini dell'articolo 1227 (1180).

1193 (1146). — L'obbligazione alternativa diviene pura e semplice se una delle due cose promesse perisce, e non può più essere consegnata, quand'anche ciò accada per colpa del debitore.

Il prezzo di questa cosa non può essere offerto in suo luogo.

Se ambedue le cose son perite, ed il debitore sia in colpa riguardo ad una di esse, egli dee pagare il prezzo di quella che fu l'ultima a perire.

583. Quest' articolo parla soltanto dei casi ordinari, nei quali la scelta è del debitore, essendo diverse le regole per il caso in cui la scelta sarebbe del creditore.

L'articolo ci dice dapprima; che l'obbligazione diventa pura e semplice, cioè non è più alternativa (sarebbe meglio dire *semplice*, e lasciare alle parole *pura e semplice* il loro significato ordinario di *non condizionale*) quando l'una delle cose perisce, e non può essere più consegnata, ciò accada o non per colpa del debitore. — Evvi un pleonasmo da correggere, leggendo « perisce, o non può essere più consegnata per un' altra causa ». Ciò difatti fu detto al Corpo legislativo dall' oratore del Governo (Fenet, XIII, 246, § 4).

La proposizione così modificata dovrà pure intendersi in un senso più lato di quello che porgono i suoi termini; bisogna dire « quando una delle consegne (supposto che sieno due) non può più farsi, quando in somma l'obbligazione *ha soltanto un oggetto possibile* ».

Se vi ho promesso il mio cavallo, il mio bue, il mio asino, e poi ho ammazzato il bue, e venduto il cavallo, io non posso darvi che l'asino.

Se vi ho promesso di fare quel viaggio alle Antille in quel tempo, o di pagarvi 20,000 fr., e al tempo posto una malattia mi impedisce, la mia obbligazione non può avere altro oggetto che i 20,000 fr. Nè importa che per mia colpa l'obbligazione abbia solo un oggetto possibile, avvegnachè fosse mia la scelta della cosa da consegnare o da fare. Era libero di uccidere o vendere due dei tre animali promessivi alternativamente, riserbandovi il terzo, dappoichè avrei potuto scegliere quest'ultimo, essendo pure tutti e tre rimasti disponibili.

584. Dacchè la impossibilità di procurare una delle due (o due delle tre) cose com-

prese nella obbligazione, rende la obbligazione semplice, e la riduce all'unico oggetto che resta, parrebbe che la distruzione di esso avvenuta di poi senza colpa del debitore, dovesse liberare costui (articolo **1302** (**1256**)), quand'anche la primo fosse divenuta impossibile a procurarsi per sua colpa. Eppure non vuole così il nostro secondo paragrafo, il quale dichiara tenuto il debitore del prezzo della cosa che ultima è perita, essendo egli in colpa per una delle due, non importa quale.

Se alternativamente vi ho promesso il mio cavolllo o il mio bue, ed ho volontariamente ucciso questo, e l'altro è morto per caso fortuito, io sarei tenuto al prezzo del cavallo.

La legge vuole che il debitore il quale abbia distrutto volontariamente uno dei due animali, renda semplice la obbligazione a suo rischio e pericolo, e si soggetti a dar l'equivalente della seconda cosa se venisse anche a perire. In fatti egli è giusto che il debitore non possa distruggere a suo talento gli eventi che la convenzione offriva al creditore; se la perdita fortuita di uno degli animali facea che l'altro divenisse oggetto dell'obbligazione, la distruzione volontoria di esso non dovea render nulla la obbligazione. Se non che sarebbe stato più conforme ai principî, che allora si desse al creditore, non il prezzo della cosa che è perita ultima, ma il prezzo di quella per cui il debitore è in colpa, poichè se questa non vi fosse stata, il creditore l'avrebbe ottenuta.

585. Quando la seconda cosa è perita per colpa del debitore, non importa come la prima sia perita, conviene allora che il debitore paghi il prezzo della seconda; ma fa uopo aggiungere che oltre il prezzo, potrebbe essere anche tenuto ad una certa somma, col titolo di danni ed interessi.

Se le cose fossero perite entrambe per caso fortuito, il debitore sarebbe liberato (art. **1302**, **1195** (**1256**, **1148**)).

1194 (**1147**). — Quando nei casi preveduti nel precedente articolo la scelta era stata accordata nella convenzione al creditore; o una soltanto delle cose è perita, ed allora, se ciò è accaduto senza colpa del debitore, il creditore dee ricevere quella che resta; se il debitore è in colpa, il creditore può chiedere la cosa rimasta, o il prezzo della cosa perita; o ambedue le cose sono perite, ed allora, se il debitore è in colpa relativamente od ambedue, o anche ad una solo, il creditore può dimandare il prezzo dell'una o dell'altra, a sua elezione.

586. Per il caso in cui la scelta è del creditore, il presente articolo pone quattro regole, l'ultima delle quali soltanto sembra poco conforme ai principî.

È naturale che il creditore, quando una delle due cose perisca per caso fortuito, sia costretto a prendere l'altra: non può esservi più scelta, essendovi un solo oggetto, e la perdita dell'altro non essendo imputabile ad alcuno. Se al contrario, per colpa d'un debitore manchi una delle cose, mette bene che il creditore possa scegliere fra l'oggetto che resta, e il valore di quello che è tolto per malizia o negligenza. È del pari molto ragionevole, quando manchino tutte e due le cose, che il creditore scelga fra i due valori, se la perdita di entrambe possa imputarsi al debitore. Ma quando per colpa del debitore si è perduta una delle due, e l'altra è perita per caso fortuito, il creditore secondo i principî non avrebbe dovuto pretendere che il prezzo di quella perduta per colpa del debitore, dappoichè senza di questa egli l'avrebbe avuta.

Del resto *statuit lex*; nè crediamo che dall'essere questa regola alquanto difforme dai principî, si possa inferire che la cosa sarebbe diversa, se invece di colpa propriamente detta, vi fosse stato un fatto innocente. Dalla cura onde il legislatore ha previsto tutti i possibili casi nei nostri due, e nel seguente articolo, ben si dimostra aver voluto qui dare una teoria

completa che comprende tutte le ipotesi; e ha distinto sempre *la colpa* e la mancanza *della colpa*, per aver compreso con quell'unica parola, e la colpa propriamente detta, e il semplice fatto.

587. In ciò che abbiam detto sotto l'articolo precedente e dagli esempi stessi dati, si è potuto osservare che nelle parole del Codice di *cose perite* (espressione molto stretta perchè doveano comprendersi tutti i casi in cui diventi impossibile qualunque consegna) noi facciamo rientrare l'alienazione della cosa promessa. Infatti, l'alienazione rende impossibile la consegna della cosa, e deve quindi pareggiarsi alla perdita di essa avvenuta per colpa del debitore.

Ma non sarà così, quando il creditore fosse divenuto prima dell'alienazione proprietario della cosa alienata, e questa sia un immobile. Allorchè Pietro che avea promesso darmi il suo naviglio o la sua casa, vende questa posciachè il naviglio è perito, la obbligazione per la perdita dell'una avendo l'altro per unico oggetto, io sono stato quindi proprietario di essa, e posso rivendicarla.—Se io creditore avessi dovuto scegliere fra la casa e il naviglio, potrei rivendicare quando la casa fosse stata alienata, il naviglio che ancora esistesse: allora in fatti io era proprietario di quella cosa che volessi scegliere, della casa sotto la condizione che la sceglierei; la mia scelta retrougisce, e me ne fa proprietario dal giorno stesso del contratto.

588. Quanto ai mobili, sappiamo che l'art. 2279 (2185) infrangerebbe la proprietà del creditore, e impedirebbe la rivendica.

1195 (1148).—Se le due cose son perite senza colpa del debitore, e prima che egli fosse in mora, l'obbligazione è estinta in conformità dell'articolo **1256 (1209).**

589. In questa regola che si rapporta tanto al caso in cui la scelta è del creditore, quanto a quello in cui è del debitore, si applica il principio dell'art. 1302 (1256). Era del resto poco utile aggiungere alle parole: *senza colpa del debitore*, queste altre: *e prima che egli fosse in mora*, dappoichè la mora, il ritardo di eseguire è una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat*. È necessario qui riportarci agli sviluppamenti che daremo sotto l'art. 1302 (1256).

1196 (1149). — Gli stessi principî si applicano ai casi nei quali più di due cose sono comprese nella obbligazione alternativa.

590. Di leggieri si comprende, e noi lo abbiam fatto comprendere colla spiegazione dei varî articoli, che le regole di questa sezione sono scritte per tutti i casi in cui diversi oggetti, qual che ne sia il numero, si debbano alternativamente, e in maniera che un solo alla fine debba darsi al creditore.

Innanzi di passare alla seguente sezione, dobbiamo ripetere qui un'osservazione, già da noi fatta nel principio del quarto capitolo, e che tende a notare la differenza fra le obbligazioni alternative, e le *facultative* di cui non si parla nel nostro capitolo, sebbene il trattato di Pothier ne discorra nell'art. precedente, in quello cioè delle obbligazioni alternative (n. 243-244), e sebbene i testi del Codice ne presentino più casi (Vedi specialmente art. 891-1681 (814-1527)).

591. L'obbligazione facultativa è quella che ha un solo oggetto, e della quale il debitore può sdebitarsi dandone un altro. Quando noi conveniamo che mi dovete il vostro cavallo inglese, tranne che non vogliate pagarmi piuttosto 6,000 franchi, l'obbligazione è semplice nel suo oggetto che è unicamente il cavallo; ma voi siete facultato a sdebitarvi senza eseguire direttamente la obbligazione, e pagandomi una somma di danaro, che qui non è un secondo oggetto dell'obbligazione, ma *in facultate solutionis*.

L'obbligazione facultativa avendo un solo

oggetto, ne segue 1° che se l'oggetto è fuori commercio, l'obbligazione sarebbe nulla per mancanza di oggetto: così sarebbe valida se avessi detto: « mi obbligo a consegnarvi un Ciclope, o 10,000 fr. », perchè essendo impossibile una delle cose, resta l'altra su cui versa la obbligazione diventata semplice (articolo 1192 (1145)); ma sarebbe invece nulla, se avessi soltanto promesso il Ciclope come unico oggetto del mio debito, riserbandomi la facoltà di dare invece 10,000 franchi; 2° che la natura mobiliare o immobiliare dell'obbligazione è immediatamente determinata dalla natura dell'unico oggetto; promettendovi di rilasciarvi la mia casa, tranne che non preferisca pagarvi 30,000 franchi, il vostro credito è immobiliare; e pagandovi i 30,000 fr. io soddisfo sempre un debito immobiliare; 3° che il creditore non può mai domandare che una cosa, mentre nell'obbligazione alternativa deve badare (tranne che da lui non dipenda la scelta) di non domandare questa, piuttosto che quell'altra cosa, ma di chiedere il pagamento dell'una o dell'altra; 4° infine, che se l'unico oggetto vien meno per caso fortuito, l'obbligazione è estinta, mentrechè sussisterebbe sempre, se la seconda cosa fosse stata una degli oggetti alternativi del debito (art. 1193 (1146)).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI SOLIDALI.

592. La classe delle obbligazioni solidali non appartiene alla divisione principale, come la classe delle obbligazioni condizionali (opposte alle obbligazioni pure e semplici), quella delle obbligazioni a termine (opposte alle obbligazioni attualmente esigibili), e quella delle obbligazioni alternative (opposte alle obbligazioni semplici, e a quelle facultative). Essa è piuttosto un membro di una *suddivisione*, e per aver qui una esatta classificazione, è necessario risalire più in là che il testo del Codice.

Infatti l'obbligazione *solidale* (che è quella nella quale più creditori, o più debitori sono congiunti, di tal modo che uno fra essi abbia dritto di chiedere il tutto, e può essere costretto a pagare il tutto) si oppone naturalmente all'obbligazione nella quale più creditori o più debitori son similmente congiunti, ma non in solido, e in modo che ciascun creditore non possa domandare al debitore, o che ciascun debitore non sia tenuto di pagare al creditore, che la sua parte del debito. *L'obbligazione* in solido è una delle specie della obbligazione *congiunta*, la quale è pure una specie della obbligazione che presenta più creditori o più debitori, e può genericamente chiamarsi obbligazione *moltiplice*. Difatti possono esservi più creditori o più debitori i quali anzichè congiuntamente, son tali disgiuntamente, cioè alternamente: come allorchè un testatore incarica l'erede di pagare una somma a Pietro o a Paolo a sua scelta. — Infine, l'obbligazione moltiplice sta di contro all'obbligazione semplice o *unica*, cioè quella che ha un sol creditore e un sol debitore.

Così le obbligazioni riguardate per il numero dei creditori e dei debitori, dividonsi 1° in obbligazioni uniche ed obbligazioni moltiplici. L'obbligazione moltiplice si suddivide in disgiunte e congiunte, secondo che i creditori o i debitori son tali alternamente, ovvero tutti nel medesimo tempo. Da ultimo l'obbligazione congiunta è ora congiunta propriamente e semplicemente, ora in solido.

Nella obbligazione semplicemente congiunta in cui ciascuno dei creditori può domandare la sola sua parte, e ciascuno dei debitori è tenuto a pagare la sua parte, la divisione si fa in altrettante porzioni quanti i creditori; ma il titolo costitutivo potrebbe stabilire parti ineguali fra i diversi interessati.

593. L'obbligazione in solido, secondo il già detto, è quella in cui tutto l'oggetto *(solidum)* può in virtù del titolo costitutivo o di una disposizione formale della legge esser domandato da uno dei concreditori. o ad uno dei condebitori, salvo dopo il pagamento la divisione del guadagno o del denaro pagato fra tutti gl'interessati.

Questa obbligazione solidale si suddivide in perfetta ed imperfetta (distinzione importante come vedremo per la intelligenza di alcuni casi). La solidarietà perfetta o propriamente detta è quella che produce tutti gli effetti indicati dalla legge, di modo che non solo assoggetta ciascun dei debitori ad esser perseguito dal creditore per tutto il debito, ma ancora li rende associati e mandatari gli uni degli altri ad *conservandam obligationem*; per esempio il creditore interrompendo la prescrizione contro uno di loro, la interromperebbe anche contro gli altri. La solidarietà imperfetta è quella che obbliga ciascuno dei debitori all'intero debito, ma non perciò gli uni rappresentano gli altri, nè il creditore quindi può allegare contro l'uno la interruzione di prescrizione che ha fatto contro l'altro, nè possono applicarsi la più parte delle altre regole della nostra sezione. Si potrebbe dire con una espressione di Dumoulin, che il debitore tenuto nel solido perfetto *in totum et totaliter*, è allora tenuto soltanto in *totum* ma *non totaliter*, non con le circostanze che incontreremo nei seguenti articoli.

Avremo esempi di solidarietà imperfetta sotto gli artic. **1201**, **1202** (**1154**, **1155**). Del resto usando senza altro la parola solidarietà, parliamo in generale della perfetta.

594. Non bisogna confondere l'obbligazione solidale con l'obbligazione indivisibile di cui si occuperà la seguente sezione. Se nella obbligazione indivisibile l'oggetto può domandarsi intero ad un solo dei condebitori, gli è unicamente perchè non può dividersi; mentre nella obbligazione solidale l'oggetto può domandarsi intero sebbene sia perfettamente divisibile, come per esempio, una somma determinata. Così mentre morto uno dei debitori della obbligazione indivisibile, ognuno dei suoi eredi può essere tenuto per l'intero e non per una parte, avvegnachè l'oggetto della obbligazione non ammetta parti nella obbligazione solidale; ognuno degli eredi del condebitore defunto potrà esser tenuto soltanto alla sua parte ereditaria. Imperciocchè l'obbligazione solidale rimane perfettamente divisibile, e quindi morto uno dei debitori si divide di pieno dritto fra i suoi eredi, e bisogna perseguirli tutti insieme quando si voglia ottenere il fine, che si poteva conseguire con un solo dei condebitori primitivi (articolo **1217**-**1219**, **1249**, par. 2° (**1170**-**1192**, **1202**)).

595. La solidarietà tra i creditori è più rara, il che ben si comprende perchè non offre altro vantaggio che di render facile il pagamento del credito, permettendo a ciascuno degli interessati di far per l'intero credito i procedimenti che avrebbe potuto fare soltanto per la sua parte. Al contrario, la solidarietà fra i debitori è molto più frequente perchè offre una grande garenzia al creditore permettendogli di perseguire ciascuno obbligato per l'intero. Quest'ultima solidarietà è quella che deriva di pieno dritto dalle disposizioni del Codice; la prima non esiste mai se non quando è scritta nel titolo costitutivo del credito.

§ — 1. *Della solidarietà fra i creditori.*

1197 (**1150**). — L'obbligazione è *solidale* tra più creditori, quando il titolo espressamente attribuisce a ciascun di essi il dritto di chiedere il pagamento dell'intero credito: ed il pagamento fatto ad uno di essi libera il debitore, ancorchè l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire tra i diversi creditori.

596. Le espressioni del nostro articolo « *ancorchè* l'utile della obbligazione si possa dividere e ripartire fra i diversi creditori » sembrano indicare un caso ecce-

zionale; invece è il caso ordinario, come si dimostrerà col 2° par. del seguente articolo; e Duranton che nel suo *Trattato dei contratti* (II, 542) avea insegnato che l'utile del credito può dividersi fra i diversi creditori, ha riconosciuto nel suo *Corso di dritto* (II, 172) che nel Codice civile sia falsa questa regola del dritto romano.

Pothier che scriveva sotto l'impero delle idee romane, oggi dal Codice rigettate, dava come esempio della obbligazione solidale quella che nascerebbe da un testamento, che dicesse: « il mio erede darà **100** franchi al Carmine o ai Giacobini a sua scelta. Ma, non ostante il contrario avviso di Duranton (II, n. 165, 166), non è questo un caso di solidarietà fra creditori; dappoichè vi sarà al postutto un sol creditore che sarà a scelta dell'erede, o il convento del Carmine, o quello dei Giacobini. Questo erede perseguito da uno dei convenuti potrà dirgli non dovere a lui nulla e voler dare la somma all'altro. È questa l'obbligazione alternativa (non per l'oggetto, ma per il soggetto) da noi sopra notata col nome di obbligazione moltiplice *disgiunta*. Or se i creditori non sono anche congiunti, come volete voi sieno solidali?

È pur vero che oltre il caso indicato da Pothier, altri ve ne possono essere in cui l'utile non potrebbe nemmeno dividersi fra creditori, e dovrebbe appartenere ad un solo. A render più facile il pagamento dei **10,000** franchi promessivi stipulo che potrà al termine posto richiedersi o da me o da Pietro; questi, sebbene creditore nella forma e in ordine a voi, non lo è in realtà e nei suoi rapporti con me; l'intera somma deve tornare a un solo, quand'anche fosse pagato a Pietro. Ma non è questo il caso più ordinario; la divisione dell'utile fra i diversi creditori è di dritto comune, ed è eccezione che si attribuisca ad un solo.

1198 (1151).—Il debitore ha la scelta di pagare o all'uno o all'altro dei creditori solidali, quando non sia stato prevenuto da uno di essi con giudiziale dimanda.

Ciò nondimeno la remissione del debito fatta da un solo dei creditori solidali non libera il debitore se non per la porzione di tal creditore.

597. Essendo ciascuno dei creditori solidali il rappresentante degli altri, ne derivano due conseguenze: 1° che il debitore innanzi di esser perseguito può pagare a chi gli piacerà, essendo ognuno capace a ricevere l'intero; 2° che allorchè uno dei creditori ha fatto i suoi procedimenti, il debitore dovrà fare a lui il pagamento, nè potrà evitare la sua azione col dichiarare che egli vuol pagare ad un altro, poichè il creditore può agire in nome di tutti.

Pothier (n. 260-4) decideva che la remessione del debito fatta da un sol creditore estinguesse interamente il debito, riproducendo la regola romana che era conseguenza delle parole sagramentali della rimessione. *Acceptunune habes?* diceva il debitore, e rispondevagli il creditore; *acceptum habeo*. Ove il creditore che ha qualità di ricever tutto, abbia riconosciuto di aver tutto ricevuto, il debitore era liberato per l'intero: *acceptilatione unius tota solvitur obligatio* (*Instit.*, lib. III, tit. 29, 1; *Dig.* lib. 45, tit. 2). Noi non abbiamo più parole sagramentali, non più sottigliezze che contraddicano ai veri principî d'equità e di giustizia, e il concreditore, assoluto padrone per la sua parte, non è altro per le porzioni dei cointeressati che un semplice mandatario, e non potrebbe nuocere ai dritti dei suoi mandanti.

598. La rimessione fatta dal creditore ha effetto per la sua porzione, come dice espressamente il nostro secondo paragrafo. — Così anche se egli consentisse una novazione; essendo manifesto che il mandato per ricevere un debito, non trae il dritto di mutarlo in altro debito.— Crediamo esser pure il medesimo nella compensazione, non ostante che Duranton pensi altrimenti (XI, 178), avvegnachè io non possa com-

pensare con un mandante ciò che mi è dovuto dal suo mandatario (art. 1294 (1248)). Così anche per la confusione, cioè per il caso in cui il debitore è diventato erede di uno dei creditori, o viceversa; dappoichè la confusione produce il suo effetto soltanto pei dritti attivi o passivi propri delle persone di cui l'una succede all'altra (artic. 1209, 1301 (1162, 1255)). — Ma nonostante la contraria dottrina di Duranton (n. 179), la sentenza ottenuta dal debitore contro uno dei creditori sarebbe secondo noi efficace per l'intero credito; poichè essa è profferita contro tutti i creditori rappresentati da chi è incaricato di agire per tutti; ma se il creditore per collusione si fosse lasciato condannare, i concreditori potrebbero far annullare la sentenza con la opposizione di terzo.

1199 (1152).—Qualunque atto che interrompe la prescrizione relativamente ad uno dei creditori solidali, giova egualmente agli altri creditori.

599. Ogni creditore che è il mandatario legale degli altri, interrompe la prescrizione per lu vantaggio suo non che dei suoi mandanti. Ma bisogna guardarsi dall' inferirne, come fa Duranton (XI, 180), che il sospendere la prescrizione in vantaggio di un creditore gioverebbe similmente agli altri (art. 2252 (2158)). È naturale che un mandante possa invocare gli atti compiti dal mandatario che agisce per lui; ma non può affatto sostenersi che egli potesse anche pretendere i beneficî che derivano al mandatario dalla minore età, o dalla interdizione di lui. La idea di Duranton è stata rigettata dagli scrittori, e dalla giurisprudenza (1).

§ — 2. *Della solidarietà fra i debitori.*

1200 (1153). — L'obbligazione è *solidale* per parte dei debitori, quando essi sono obbligati ad una medesima cosa, in maniera che ciaschedunno possa essere astretto per l'intero, e che il pagamento eseguito da un solo liberi gli altri verso il creditore.

1201 (1154). — L'obbligazione può esser solidale ancorchè uno dei debitori sia obbligato in modo diverso dall'altro al pagamento della medesima cosa: per esempio, se l'uno è obbligato condizionalmente, mentre l' obbligazione dell' altro è pura e semplice; ovveru se l'uno abbia preso un termine a pagare, che non è accordato all'altro.

SOMMARIO

I. Osservazioni sul testo dei due articoli.
II. La solidarietà deriva dagli impegni che più debitori assumono successivamente e con atti separati. Secondo i casi è perfetta o imperfetta. Errore di Duranton e di Zachariæ.

I.—**600.** Ad alcune osservazioni sul testo di questi articoli faremo seguire lo esame di una quistione molto controversa dagli scrittori.

E dapprima, la definizione dell' obbligazione solidale data dall'art. 1200 (1153) troppo vaga e non ben determinata, converrebbe tanto all'obbligazione indivisibile che alla obbligazione solidale, avvegnachè nell' una come nell' altra ciascun debitore possa esser costretto per l'intero, e il pagamento fatto da uno liberi i suoi condebitori.

Dalla spiegazione data sul principio della

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Prescrizione*, sezione I, § 7); Troplong (*Prescriz.*, II, n. 739); Rig., leg. civ., 30 marzo 1814; Rig., 5 dic. 1826; Req., 23 febbraro 1832 (Devill., 32, 1, 537).

sezione abbiamo veduto che affin di non confondere queste due specie di obbligazioni, bisogna distinguere se ciascun debitore sia per l'intero tenuto, o per la dichiarazione del titolo costitutivo, o della legge, o soltanto per l'indole della cosa dovuta.

Semplicissima è la disposizione dell'articolo 1201 (1154): sebbene si debba una sola cosa, pure essendovi più debitori, più legami, o almeno un legame che stringa più persone; queste diverse persone possono esser tenute alla cosa in modo diverso, l'una a termine, immediatamente l'altra, questa sotto condizione, puramente quella. — Avendo noi convenuto che Pietro e Paolo mi dovranno in solido 800 franchi, ma l'ultimo con un termine di tre mesi, io posso perseguir solo Pietro nei tre mesi; e soltanto scorso il termine potrò a mia scelta dirigermi o contro l'uno, o contro l'altro. Avendo detto che Pietro mi dovrà 800 franchi, e se quel naviglio ritorni me ne sarà pur debitore Paolo in solido con quello, il debito di Paolo e il solido esistono condizionatamente; vi sarà obbligazione in solido se il naviglio ritorni, se nò, un debito puro e semplice, unico; Pietro solo sarà tenuto.

II. — 601. Ma se il solido può derivare anche immediatamente dallo impegno che due debitori assumono in modo diverso, potrebbe pure derivare dall'impegno che assumono i debitori successivamente e con due atti distinti? Pietro si è obbligato il 1° luglio a pagarmi 800 franchi in un dato tempo; il 10 luglio Paolo sottoscrive la obbligazione di pagarmi i medesimi 800 franchi dovutimi da Pietro; son l'uno e l'altro condebitori solidali? Tal quistione risoluta da Toullier nel modo più esatto, e anche da Delvincourt, ch'ebbe il torto di non determinare abbastanza le sue idee, ha oggidì fatto venire fuori alcune falsissime idee da parte di Duranton e Zachariæ. Il primo (XI-188), la cui dottrina fu trovata razionale da Dalloz (sez. V, artic. 1, num. 12), fa una distinzione per la quale vi sarebbe o no il solido, secondo che al primo si riferisca o pur nò il secondo atto. Zachariae (II, pag. 260, nota 2) insegna che non solo non vi sia allora obbligazione in solido, ma nemmeno una obbligazione moltiplice, che vi sieno tanto obbligazioni uniche e indipendenti, quanti sono gli atti.

Sì l'una che l'altra dottrina non può ammettersi.

E primieramente, la distinzione di Duranton a nulla giova nè riguarda la quistione. Secondo lui il solido esisterà o no, secondo che la seconda promessa si riferisca o no alla prima. Ma se la seconda non si riferisca alla prima, non potrebbe farsi nemmeno la controversia che vuol troncare Duranton. Perchè possa darsi luogo alla quistione, se Pietro e Paolo sieno o no debitori in solido, è necessario che il secondo atto dichiari che gli 800 franchi promessimi da Paolo sono appunto i medesimi promessi già da Pietro con l'atto primo, e a cui egli è sempre tenuto; cotalchè io posso domandarli a quale dei due vorrò, e pagando l'uno, l'altro vien liberato. Bisogna che ciò bene s'intenda. Imperciocchè, da una mano se Paolo mi avesse promesso 800 fr., non riferendosi alla promessa anteriore di Pietro, io allora avrei due crediti di 800 franchi per uno, nè si potrebbe far quistione se vi sia solido. Dall'altra mano, se la seconda promessa si riferisca alla prima, ma in modo che gli 800 franchi saran dovuti da Paolo *invece di Pietro*, non si potrebbe nemmeno parlare di solido poichè avrei un sol debitore. È necessario pertanto perchè si possa far la quistione, se i due debitori sieno o no solidali, che la seconda promessa si rapporti alla prima, tanto che costituisca i due promettenti nello stesso tempo debitori del medesimo oggetto. La distinzione proposta da Duranton, e che sembra così razionale a Dalloz, è di nessun rilievo per iscioglierе la quistione.

La decisione di Zachariae non è meno strana della distinzione di Duranton. Quando l'oggetto dovutomi da Paolo è quello appunto dovutomi da Pietro, e consegnandomelo l'uno, l'altro ne vien liberato e si estingue il debito, io ho un sol credito,

ma più debitori. Or se vi ha un sol credito, o un sol debito, e più debitori, vi è dunque una obbligazione multiplice. Ora in quale specie rientra questa obbligazione multiplice? Non è una obbligazione semplicemente congiunta, avvegnachè ciascun debitore non debba soltanto una porzione, ma lo intero. Quindi è una obbligazione solidale. Zachariae si appoggia sulla legge 12 *de duobus reis* (lib. 45, tit. 2) che non può affatto applicarsi da noi. Questa legge prevedendo una obbligazione verbale, cioè contratta con stipulazione, dice, che se uno stipalante interroga due persone, e l'una risponda sull'istante, l'altra la dimani, non vi saranno due condebitori, perchè non sarebbe obbligato chi secondo prometta. Infatti era dell' essenza della stipulazione, che la risposta seguisse la domanda senza interruzione: *continuus actus stipulantis et promittentis esse debet... si post interrogationem aliud agere coeperit, nihil proderit quamvis eadem die spopondisset* (L. 45 tit. 1, l. 137). Secondo questo principio la legge invocata da Zachariae diceva; *ne obligatum quidem intelligi eum qui postera die responderat, cum actor ad alia negotia discesserit*. Zachariae confessa che la regola romana da lui invocata non potrebbe dimostrare la sua tesi, poichè essa diceva che il secondo promettente *non sia punto obbligato*, mentre egli riconosce che lo sia da noi. Ma se è obbligato, vi son due debitori per lo stesso debito; il debito è dunque multiplice; e siccome non è un debito soltanto congiunto, è quindi un debito solidale.

Così vi è allora solidarietà, imperocchè Pietro è tenuto in solido, e similmente Paolo; potendo io domandare l' intero a quello dei due che mi piacesse, e il pagamento dell'uno libererà l'altro.—Ma non è la solidarietà perfetta propriamente detta: e Zachariae, e Duranton, che non ebbero ben distinte le due specie di solidarietà, non videro esser questa una obbligazione multiplice e in solido; e invece han messo fuori idee così strane. Non è questa la solidalità perfetta che il Codice ci presenta, e che rende i condebitori mandatari gli uni degli altri. Così, sebbene l'art. 1206 (1159) dichiari che le domande giudiziali contro uno dei debitori solidali, interrompano la prescrizione per tutti; quella diretta in quel caso dal creditore contro Paolo, non fermerebbe la prescrizione che corre in vantaggio di Pietro il quale non ha dato verun mandato a Paolo, e forse non lo conosce, e inconsapevole lui si è forse obbligato allo stesso debito.

È dunque questo un caso di solidarietà imperfetta, come aveva benissimo compreso Toullier, dicendoci (VI, 723) che tutti i debitori debbono obbligarsi *ad un tempo, e col medesimo atto*, per costituire *una solidarietà* PERFETTA; e se uno si obblighi in solido la dimani alla cosa promessa il giorno innanzi da un altro, esisterà fra loro una *solidarietà imperfetta*. Anche Delvincourt, dichiarando che nel caso previsto vi fosse solidalità, non intendeva parlare di quella perfetta, dappoichè dava a questa solidarietà lo effetto di *obbligare ciascun debitore allo intero debito*, senza discorrere nè di società, nè di mandato.

602. Del resto la solidalità propriamente detta potrebbe anche esistere fra le due persone che si sono obbligate con intervallo, e con atti distinti; purchè Pietro abbia dichiarato anticipatamente di obbligarsi in solido con Paolo, ovvero il primo obbligato dichiari, posciachè Paolo si è soggettato alla solidarietà, che anche egli vi si sottopone con quello.—In breve, vi sarà obbligazione solidale propriamente detta, quando vari obbligati abbiano voluto soggettarsi di comun consenso alla solidalità.—Toullier avea anche ciò compreso, dicendo, che la solidalità perfetta non deriverebbe dall'impegno di colui che la dimani di un' obbligazione contratta in solido da più persone, concorra pure alla obbligazione *senza ordine di quelle*. — Toullier intende dunque che coll' ordine, colla volontà, col consenso del primo obbligato, esisterebbe fra lui e il secondo una perfetta solidalità, sebbene l' uno si

fosse obbligato la dimani, e con un atto posteriore.

Che monta il numero degli atti e il tempo in cui son fatti? Se in fine i vari obbligati son di accordo fra loro per essere mandatari gli uni degli altri, e hanno su ciò dichiarato la loro reciproca volontà, tal convenzione deve essere efficace, e quindi evvi perfetta solidalità. Se ciascuno di essi si è obbligato allo intero, ma non mettendosi in società, questa convenzione deve recarsi pure in atto, e allora, come si è veduto, evvi imperfetta solidarietà. Questa sola è la distinzione da fare.

1202 (1155). — La solidità non si presume, ma debbe essere stipulata.

Questa regola non cessa, fuorchè nei casi ne' quali la solidità ha luogo *ipso jure* per disposizione della legge.*

SOMMARIO

I. La solidalità qui può risultare, o da un titolo o dalla legge. Nell' un caso la espressione non è affatto sacramentale, nè vuol essere speciale. Errore di Duranton.

II. Solidalità legale. L'art. 55 (51 M) che la pronunzia pei reati e i delitti, non estendesi nè ai quasi-delitti, nè alle contravvenzioni.

I.—603. Abbiamo già detto che la solidità fra i debitori può derivare o dal titolo costitutivo, o dalla legge, e quella fra creditori risulta sempre dal titolo, e non può mai esistere di pieno dritto. Ma per esprimere questa idea non bisognerebbe dire con Duranton (Somm. del numero 184, e § 3, del n. 194) che la solidalità può essere qui *convenzionale*, o legale, mentre nell' altro caso potrebbe solo esistere con una *convenzione*, avvegnachè la solidalità possa esistere fuori i casi in cui avviene di pieno dritto, senza derivar perciò da una convenzione; potendo venir costituita per testamento.

Non è necessario, perchè nel titolo si formi la solidalità, che si usino le parole *in solido*, *solidale*; il nostro articolo, che come l'articolo 1197 (1150) vuol sia espressa la stipulazione della solidalità, non dice che debba esprimersi in questo o in quel modo: ripetiamo qui quel che dicemmo per la dispensa della collazione, che la espressione non deve essere nè sacramentale, nè speciale. — Non sacramentale; e la solidarietà sarà abbastanza espressa, se si sarà detto che le parti si obbligano *ciascuna per l'intero*, *l'una per l'altra*, ecc. Non speciale; basta che i giudici del fatto, interpreti dell'atto scorgano nel suo contesto l'intendimento di costituire la solidalità (1).

II.—604. Fra gli altri casi di solidalità legale, vi sono quelli degli articoli 396, 1033, 1448, 1887, (318, 988, 1412, 1759), ecc., ed anche quello dell'art. 55 (51 M) Cod. pen. Conforme quest' ultimo gli autori dei reati e dei delitti (ma non quelli delle semplici contravvenzioni), son tenuti in solido delle ammende, restituzioni, danni-interessi, e spese a cui son condannati: essendosi congiunti per mal fare, la legge li congiunge per riparare il mal fatto, non distinguendo, come male ha fatto una decisione di Bordeaux del 16 febbraro 1829, se le condanne si sieno profferite dai tribunali criminali, ovvero dai tribunali civili.

Ma non sarebbe il medesimo per gli atti che chiamansi *delitti* in materia civile, e che formano coi quasi-delitti la quinta e quarta sorgente di obbligazioni. I delitti civili, come vedremo nel capitolo secondo del secondo titolo, non sono gli atti che si chiamano delitti in materia criminale. — Senza fallo la maggior parte dei

* Dacchè in un giudicato non s'indica la quota di ciascun debitore, non però ne segue che debbono tutti essere tenuti in solido. C. S. di Napoli 9 luglio 1833.

(1) Grenoble, 20 genn. 1830; Rig. 9 gen 1838 (Devill., 30, 2, 133; 38, 1, 746).

delitti criminali, sono pur delitti civili; ma vi ha delitti criminali che non sono civili, e viceversa, molti delitti civili che non sono criminali. Or quantunque i diversi autori di uno stato civile, sono per l'indole stessa delle cose, responsabili ciascuno per l'intero (poichè ciascuno ha cagionato col fatto, e coll'intenzione l'intero danno) pure non esistendo nè titolo, nè legge che li renda debitori in solido, non potranno essere governati colle regole della solidalità perfetta: egli non saranno rappresentanti e mandatari gli uni degli altri, quindi la dimanda giudiziale contro uno, non interromperebbe la prescrizione contro tutti (art. 1206 (1159)); la dimanda d'interessi proposta contro uno, non farebbe correre gl'interessi contro gli altri (art. 1207 (1160)), ed uno potrebbe anche allegare il beneficio della divisione (articolo 1263 (1156)).

Qui dunque, come nel n. II dello art. 1201 (1154) evvi un caso, in cui ciascun debitore è tenuto per l'intero, ma non col solido propriamente detto; e le molte decisioni, che nel caso che trattiamo hanno ammessa la solidalità, riguardano una solidalità imperfetta, e che non produce tutti gli effetti accennati nella nostra sezione (1).

605. Duranton (XI-194), come noi riconosce che l'art. 55 (51 M) Cod. penale vieti del tutto d'estendere la solidarietà agli autori dei quasi-delitti; al contrario insegna doversi tal disposizione applicarsi alle semplici contravvenzioni, come ai reati, ai delitti. Noi non sapremmo abbracciare cotesta idea già rigettata da Toullier (XI-151) con tal precisione ed energia che il dotto professore di Parigi avrebbe senz'altro dovuto aderirvi. Noi crediamo, dice Duranton, che la parola *delitto* nello art. 55 (51 M) sia un'espressione forte che applichi pure alle semplici contravvenzioni»; ma di ciò non dà alcuna ragione.—Però Toullier avea bene osservato non potersi ammettere questo significato generico; imperocchè il Codice penale, posta in principio la distinzione capitale dei reati, dei delitti, e delle contravvenzioni (art. 1 (2)) tratta dei reati o dei delitti in ciascuno dei capitoli dei tre primi libri (ove è posto l'artic. 55 (51 M)), e nel quarto poi tratta delle contravvenzioni; e lo stesso art. 55 (51 M) non dichiara tenuti in solido, che « gli individui condannati *per uno stesso reato*, o *per uno stesso delitto* ». Così l'articolo prevede distintamente i due casi, senza aggiungere il terzo; e il testo non che il luogo ove è collocato, rendono impossibile l'idea di Duranton. Si vuol forse parlare d'analogia? ma, oltrechè non esiste (poichè i reati e i delitti son cose più gravi e degni di maggior pena che le contravvenzioni o i quasi delitti) Duranton ci dice nel medesimo num. 194 che « pronunziare per analogia, sarebbe il medesimo che aggiungere alla legge appunto in una materia, in cui è vietato che si estendano le sue disposizioni ».

1203 (1156).—Il creditore di una obbligazione solidale può rivolgersi contra quello de' debitori che gli piaccia di scegliere senza che il debitore possa opporgli il beneficio della divisione.

606. Taluni giureconsulti stimavano un tempo che il debitore solidale potesse allegare il beneficio di divisione, cioè rimandare il creditore cui pagava la sua parte del debito, a chiedere il resto dagli altri debitori, dovendo egli pagar l'intero quando costoro fossero insolvibili. I nostri compilatori movendo dall'idea che l'obbligato è tenuto all'intero *et totaliter*, che è incaricato di rispondere alle domande giudiziali in nome di tutti i suoi condebitori, sanzionano qui la opinione di Pothier (n. 270)

(1) Nancy, 18 mag. 1827; Parigi, 26 febbr. 1829; Rig., 20 febbr. 1836; Rig., 8 nov. 1836; Rig., 12 nov. 1837; Bordeaux, 9 febbr. 1839; Rig., 29 gennaro 1840 (Devill. e Car., 36, 1, 293 e 801; 37, 1, 964; 39, 2, 499; 40, 1, 369).

negando espressamente al debitore il beneficio della divisione. Ciò non toglie che il debitore perseguito per lo intero, chiami in garenzia tutti i condebitori, come questi potrebbero intervenire non chiamati da lui (Bordeaux, 19 agosto 1826).

1204 (1157). — Le istanze giudiziali fatte contro uno de' debitori non tolgono al creditore il diritto di farne delle simili contro gli altri.

607. Le dimande giudiziali dirette contro uno dei debitori non estinguono le obbligazioni, finchè non sia fatto il pagamento; sussistendo l'obbligazione, ognuno dei debitori è tenuto all'intero, e quindi è in facoltà del creditore di non più perseguire il primo, e rivolgersi contro gli altri (Pothier, n. 271).

1205 (1158). — Se la cosa dovuta è perita per colpa, e durante la mora di uno o più debitori solidali, gli altri condebitori non vengono discaricati dall'obbligo di pagarne il prezzo; ma questi non sono tenuti ai danni ed agli interessi.

Il creditore può ripetere soltanto i danni e gl'interessi tanto da' debitori, per colpa de' quali la cosa è perita, quanto da coloro che erano in mora.

608. In principio, la perdita del corpo certo che formava l'oggetto della obbligazione, purchè sia avvenuta senza colpa e fatto del debitore (ed anche prima d'esser posto in mora, essendo anche la mora una colpa) estingue il debito (articolo 1302 (1256)). Or il fatto e la colpa di uno di parecchi debitori, essendo estranei agli altri pei quali son casi fortuiti, ne segue che nei casi ordinarî la perdita della cosa, anche per colpa di uno dei debitori, farà liberi i condebitori.

Pareggiamo qui la colpa e il fatto. Invero il semplice fatto della persona se non può far sorgere una obbligazione contro di lei, non può estinguere almeno la sua precedente obbligazione, e un debitore vien liberato per la perdita della cosa se è perita senza colpa e fatto di lui cioè per caso fortuito. Il Codice nel nostro articolo, come negli art. 1173-1195 (1146-1148) e nello art. 1302 (1256) comprende il semplice fatto sotto il nome di colpa. Di che è prova l'ultimo art. 1302 (1256), il luogo della materia; poichè fa vedere che la colpa, quale esso la intende, esiste sempre che non vi sia caso fortuito.

Nei casi ordinarî di obbligazione congiunta, la perdita della cosa per fatto o colpa di uno degli obbligati libera i coobbligati, ma il nostro articolo dispone altrimenti per il caso in cui la obbligazione è in solido. Essendo ognuno dei debitori in solido il rappresentante degli altri *ad perpetuandam obligationem*, il legislatore ne inferisce con Pothier, che la perdita avvenuta per colpa o fatto di uno di loro, lascerà sussistere contro tutti la obbligazione.

609. Del resto, non potendo i condebitori riguardarsi come mandatari gli uni degli altri anche per accrescere l'obbligazione, ne deriva che i danni-interessi i quali possono aggiungersi alla obbligazione per colpa di colui che fa venir meno la cosa, restano a suo proprio carico, e non son dovuti dai condebitori suoi mandanti, (Pothier, ibid.).

Non sarebbe così se i danni-interessi fossero stati stipolati formalmente nel contratto riguardo alla colpa o al fatto, perchè allora sarebbe una clausola penale stabilita per il tal caso previsto, avveratosi il quale non sarebbe cresciuta l'obbligazione contratta; imponendo il debito a tutti i contraenti non si eccederebbero i limiti del contratto, nè si violerebbe la regola che il mandato esiste soltanto *ad perpetuandam obligationem e non ad augendam*. Questa soluzione data da Pothier (ibid., paragr. ultimo) è tanto meno dubbia, quanto noi vedremo che il Codice ne fa applicazione nello artic. 1207 (1160) per gli interessi moratorî di somme determinate, i quali essendo danni-interessi stabi-

liti anticipatamente dalla legge (art. 1153 (1107)) sono considerati come una clausola penale compresa tacitamente nel contratto.

1206 (1159). — Le domande giudiziali contra uno dei debitori solidali interrompono la prescrizione per tutto.

610. Essendo ognuno dei condebitori solidali mandatario di tutti *ad perpetuandum et conservandum obligationem*, le dimande giudiziali dirette contro un solo fermava la prescrizione tanto contro gli altri che contro lui stesso, e sarebbe il medesimo se il debito fosse stato da lui riconosciuto (art. 2249 parag. 1 (2155)).

Se l'interruzione anzichè compiersi per uno dei condebitori, si compisse per uno erede di un condebitore, sorge da ciò che abbiam detto nel principio della sezione che essendosi diviso fra gli eredi del defunto il debito tuttochè solidale, l'interruzione varrebbe contro gli altri debitori per quella parte per cui l'erede rappresenta il defunto. Per interrompersi l'intero debito sarebbe necessario, che la interruzione fosse contro tutti gli eredi del condebitore defunto (art. 2249 par. 2, 3 e 4 (2145)).

1207 (1160). — La domanda degl'interessi proposta contra uno dei debitori solidali, fa correre gl'interessi per tutti.

611. Tal regola non deriva da che mettendosi in mora uno dei debitori solidali vi si mettono pure gli altri, e tutti son tenuti ai danni-interessi. In vero ciò importerebbe che ognuno dei condebitori sia mandatario degli altri anche *ad augendam obligationem*; idea che, come abbiam veduto nell'art. 1205 (1158), il Codice dopo Pothier ha rigettato. Il nostro articolo trova la sua ragione in ciò che gl' interessi del denaro nelle obbligazioni di somme essendo i danni-interessi stipulati *anticipatamente* dalla legge, vi ha per essi una clausola penale tacitamente stipulata, di modo che il loro debito quando dee pagarsi, non eccede i limiti della primitiva convenzione e può estendersi a tutti i debitori per la mora di un solo, senza contraffare al principio che il debitore messo in mora era solo mandatario *ad perpetuandam et conservandam obligationem*.

La domanda d'interessi che si fa contro un solo debitore essendo legalmente fatta contro tutti, ne segue che se uno degli altri sia obbligato sotto condizione o a termine, egli non sarebbe meno tenuto agli interessi, scorso che sia il termine o compita la condizione. Difatti la domanda si è fatta e ha prodotto il suo effetto sì contro lui che contro gli altri, salvo il beneficio della condizione o del termine, cioè che gl'interessi incominceranno a correre scorso il termine o avverata la condizione.

1208 (1161). — Il condebitore solidale convenuto dal creditore può opporre tutte le eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione, tutte quelle che sono a lui personali, e quelle pure che son comuni a tutti gli altri condebitori.

Non può opporre le eccezioni che sono puramente personali ad alcuno degli altri condebitori.*

* Se di due debitori solidali uno deferisca al creditore il giuramento decisorio sul pagamento degl'interessi, perchè questa eccezione diventi comune all'altro debitore, bisogna che costui l'abbia opposta ai termini dell'art. 1161 LL. CC., e non avendole fatto, non può dolersi di non essersi provveduto nel suo interesse, tanto più se ha domandato che la causa sia giudicata sopra i documenti prodotti. C. S. di Napoli, 8 agosto 1846.

— La riduzione degl' interessi ottenuta da uno de' correi solidali per effetto di giudicato debbe giovare agli altri, benchè non presenti in giudizio. C. S. di Napoli, 3 luglio 1849.

SOMMARIO

I. Fu mal compilato l'articolo con cui si volle stabilire e rendere completa l'antica dottrina di Pothier.
II. Vi sono due classi di eccezioni cioè le comuni e le personali.
III. Queste ultime si suddividono in personali e puramente personali.

I.—612. I compilatori del Codice nello scrivere questo articolo pare non abbiano voluto dir nulla, nè pur scorto le difficoltà che doveano qui risolvere.

Copiati i cinque precedenti articoli dai numeri 270 273 di Pothier (eccettone l'articolo 1207 (1160) che si rapporta agl'interessi di cui non parlò Pothier, non essendo permessi a suo tempo) e innanzi di giungere ai numeri 276 e seguenti che saranno similmente copiati negli articoli 1209, 1210, ec. (1162, 1163, ec.) i nostri compilatori vollero certamente riprodurre col nostro articolo 1208 (1161) ciò che diceva Pothier nei suoi num. 274 e 275.

Questi due numeri contengono le seguenti cinque proposizioni: « 1° il pagamento fatto da uno dei debitori libera tutti gli altri; — 2° quando il condebitore ha opposto al creditore la compensazione, essendo questi suo debitore per una somma eguale all'ammontaro del credito (articolo 1289 (1243)), i condebitori son similmente liberati con questa compensazione non meno che da un pagamento reale;— 3° se il creditore a cui uno dei debitori poteva opporre la compensazione abbia diretto la sua domanda contro un altro debitore . è quistione molto delicata se costui a cui nulla deve il creditore , fosse facultato ad opporgli la compensazione non per l' intero ma per la parte del debito che ha il primo condebitore, creditore del creditore. Il dritto romano diceva di nò, Domat di sì; ma in somma l' affermativa, sebbene molto dubbia, devesi seguire nella pratica onde sfuggire un circolo di azioni; — 4° la remissione fatta dal creditore per estinguere l'intero debito, anche fatta ad uno de'debitori, libera tutti;—5° se il creditore abbia voluto rimettere la sua porzione ad un sol debitore, gli altri restano obbligati, dedotta però la parte del primo, quand' anche il creditore avesse detto di voler conservare l'intero suo credito contro di loro ». (Segue poi una sesta decisione riprodotta con qualche modificazione dal Codice nell'art. 1215 (1168)).

Così i condebitori solidali, a fin di liberarsi interamente, possono opporre ai creditori: 1° il pagamento fatto da uno di loro; 2° la compensazione opposta da uno di loro al creditore che si fosse rivolto contro di lui; 3° la rimessione che il creditore avesse fatto assolutamente, sebbene ad un solo dei debitori. Ei possono egualmente opporgli, ma, solo per iscemare il loro debito in solido fino alla concorrenza della parte del condebitore; 1° la compensazione che il condebitore non perseguito potrebbe opporre al creditore; 2° la remissione consentita dal creditore ad uno dei debitori.

Ecco in breve quali sono le decisioni di Pothier sanzionate, e fatte complete pei principî più larghi dettati dal nostro articolo.

Sventuratamente i compilatori volendo rendere generali le regole, ragguagliate a casi speciali dal celebre giureconsulto, scrissero una formola così vaga che sarebbe molto difficile se non impossibile, il coglierne il senso stando al loro testo.

613. L'articolo divide in tre classi tutti i mezzi, detti impropriamente *eccezioni*, con cui i debitori possono respingere l'azione del creditore: ciò sono: 1° quelle che risultano dalla natura delle obbligazioni; 2° quelle che sono personali ad un debitore; 3° quelle che son comuni a tutti. A noi sembra poco logica questa divisione che *ragionevole* fu detta dal Demante (II, 567); avvegnachè la prima clas-

se secondo noi rientri necessariamente nelle altre due. Infatti, quand'anche un vizio cardinale che attacca nella sua stessa essenza la obbligazione, la renda nulla, come lo errore o la violenza, tal vizio è esistito, o ad un tempo per ciascuno dei debitori, cotal che sarebbe comune a tutti la eccezione, o veramente per un solo o per alcuni, cotal che l'eccezione sarebbe personale a costoro. Se con Duranton (XI, 220, § 3) si vogliano chiamare *eccezioni che risultano dalla natura della obbligazione* quelle relative ad un vizio che necessariamente produce il suo effetto per tutti i debitori, come la mancanza di causa o di oggetto lecito (sebbene i vizi di errore e di violenza non meno che questi si riferiscano alla natura della obbligazione) queste eccezioni rientreranno tutte nella terza classe, e saranno comuni ai diversi debitori.

Che che si faccia sembra a noi impossibile, distinte le eccezioni che son personali ad alcuni debitori, e quelle che son comuni a tutti, che vi sia una terza classe da aggiungere alle prime. Zachariae (II, p. 268, 269) ne ammette due; Toullier (VI-737) che dapprima le ammetteva tutte e tre, riproducendo alla lettera il testo del nostro articolo (§ 1 e 2), suppose infine esservene due, e la prima comprendersi nella terza, poichè presenta appunto come esempio di quest'ultima (§ 3) le obbligazioni *contrarie alla legge ed a' buoni costumi*, il che dovrebbe certamente essere una eccezione che risulta dalla natura della obbligazione.

II. — 614. Vi sono dunque due casi di eccezioni; le assolute, generali, *comuni;* le relative, particolari, *personali*.

Le prime comprendono 1° la non esistenza o la nullità dell'intera obbligazione per mancanza di causa o causa illecita; mancanza di oggetto, oggetto illecito o fuori commercio; 2° il pagamento fatto o direttamente o per equivalente (mercè una dazione in pagamento, una novazione, la compensazione opposta dal debitore perseguito); 3° la remissione dell'intero debito consentita dal creditore; 4° la prescrizione compiuta; 5° il compiersi d'una condizione risolutiva, ovvero d'una condizione sospensiva che si riferisca alla obbligazione medesima, ecc.

Le seconde risulteranno da cause speciali ad un condebitore: 1° il compiersi della condizione sospensiva stipulata soltanto per lui; 2° la rimessione della sua parte fattagli dal creditore; 3° il pagamento, la novazione, la dazione in pagamento che il creditore avrebbe accettato per parte di lui (art. 1211 (1164)), ed anche la compensazione che il condebitore potrebbe opporre finchè non sia opposta da lui (art. 1294, § 3 (1248); 4° la mancanza di consenso per errore, violenza o dolo del creditore; 5° l'incapacità del condebitore per la minore età, la interdizione, ecc.

III. — 615. Le varie eccezioni personali non debbono esser tutte pareggiate; e il nostro articolo non esprime chiaramente la distinzione che il secondo paragrafo sembra indicare fra le eccezioni *personali* (*lato sensu*) e le eccezioni *puramente personali*.

Queste ultime son quelle esclusivamente proprie di uno dei condebitori, e che non possono dagli altri invocarsi: le eccezioni personali in un senso men rigoroso son quelle che uno degli obbligati può opporre per l'intero, ma che, come spiegava Pothier, possono allegarsi dai coobbligati per la parte rispettiva del debito. Così se di quattro obbligati per un debito di 8,000 fr., uno sia minore, egli solo potrà invocare il beneficio della sua minore età, che è eccezione puramente personale, e ciascuno degli altri tre potrà esser costretto a pagar l'intero. — Ma se, essendo capaci tutti e quattro, il creditore abbia fatto la rimessione del debito soltanto riguardo ad uno, questi potrà solo invocare la eccezione per l'intero debito, ma i suoi condebitori potranno opporla per la parte di debito che quegli deve sustenere, e non saranno più tenuti in solido che per 6,000 fr. — Infatti, il creditore assolvendo l'intero debito *riguardo* ad uno degli obbligati, ha assolto *assolutamente*, e per tutti la

parte di costui (Pothier, *loc. cit.*, analogia dell'art. 1010 (904)).

616. Ma qual sarà la differenza fra le due classi di eccezioni personali? La legge ciò non spiega; ma dall'indole delle cose, e dai diversi testi del Codice sembra che risulti doversi soltanto avere come puramente personali quelle eccezioni che si attengono *alla qualità del debitore*, e riguardano per dir così di rimbalzo la obbligazione, e per effetto di quella qualità; come la incapacità per la qualità di minore, d'interdetto, o di donna maritata, la cessione dei beni che alcuno avesse facultà di fare (art. 1068 (1024)).— Da una parte infatti perchè il legislatore faceva nella sua mente questa distinzione, il primo paragrafo mette in una classe a parte le eccezioni che risultano dalla *natura dell' obbligazione*, mentre il secondo parla delle eccezioni puramente personali. Dall'altra parte, i condebitori in solido sono veri fideiussori per la parte di uno di loro nel debito; or l'art. 2036 (1908) vietando anche al fideiussore di opporre le eccezioni puramente personali al debitore principale, permette che egli alleghi tutte le altre che *sono inerenti al debito*.

1209 (1162). — Quando uno de' debitori divenga erede unico del creditore, o quando il creditore divenga l'unico erede di uno de'debitori, la confusione non estingue il credito solidale se non per la quota e porzione del debitore o del creditore.

617. Questa regola tratta dal n. 276 di Pothier non è espressa in modo soddisfacente.

Quando il debitore di una cosa ne diviene altresì il creditore (o per successione, o altrimenti), o viceversa il creditore ne diventa il debitore, si estinguono il debito e il credito, non potendosi esser debitore o creditore verso se stesso. Se mio zio m'era debitore di 1,000 fr. ed io sono l'unico erede di lui, non v'è più nè creditore, nè debito; così parimente se era debitore di quel cavallo ad un amico ed io divengo legatario universale di lui; se mi fossi obbligato con Pietro di fabbricargli una casa, ed egli mi vende, o mi dona tutti i suoi crediti, vien meno l'obbligazione con tutte le sue conseguenze. — Ciò è espresso in modo più generale, e quindi più esatto dall'artic. 1300 (1254) il quale dice, che la confusione che estingue due corrispettivi dritti (attivo e passivo) avviene quando *le qualità di creditore e di debitore* concorrono nella medesima persona. Non importa per qual causa sia avvenuta la sostituzione legale del creditore al debitore, o di questi a quello.

Ma se l'obbligazione stringe in solido più persone, e le qualità che concorrono in una medesima son quelle di creditore, e di semplice *condebitore*, il debito e il credito si estinguono non più per l'intero, ma solo per la parte del debito che dovea sostenere il condebitore; cotalchè il creditore che è sostituito ad uno dei quattro condebitori, o quello dei quattro condebitori che divien creditore, può sempre costringere al pagamento ciascuno degli altri tre, ma soltanto pei tre quarti dello ammontare primo del debito.

Del resto, si comprende di leggieri che si tratta solo della parte del debito, che avea *il debitore*, e non già, come l'articolo dice, della parte « del debitore o *del creditore* ». Invero occupandosi la nostra sezione di obbligazioni che esistono contro più coodebitori in vantaggio di un sol creditore, non vi ha *parte del creditore*.— Invece di tal vizio che mostra sempre più la inesattezza del Codice, altro ve n'è nell'art. 1300 (1254) ove si dice che la concorrenza delle due qualità estingue *i due crediti*; dovendosi dire *i due dritti*, attivo e passivo, *il credito e il debito*.

618. Il nostro articolo ha preveduto i casi in cui il condebitore sia surrogato al creditore, o questi a quello *per l'intero* come *unico* erede, e non ha parlato del caso non meno frequente in cui uno diventerebbe in parte rappresentante di un altro. Ma non può esservi difficoltà per

tal caso: poichè la confusione sebbene meno larga si farà sempre cogli stessi principî. Se di tre debitori solidali, uno lascia morendo tre eredi, ed uno di questi è il creditore, la confusione sarà soltanto per $^1/_9$, di modo che il creditore potrà domandare $^8/_9$ a questo o a quello degli altri due debitori.

Pietro, Paolo e Giacomo sono a me debitori in solido di 900 franchi; io diventando erede di Giacomo per un terzo insieme con Primo e Secondo, posso domandare a Pietro 800 franchi (salvo la sua azione contro Paolo per 300, contro Primo per 100, e contro Secondo per 100 che formano 500; cotalchè egli pagherà il suo terzo, ossia 300 franchi). Così è pure riguardo a Paolo.—Ciascuno dei miei due coeredi non rappresentano come me il debitore defunto che per un terzo; io quindi non posso altro pretendere da loro che un terzo ossia 300 franchi (salvo anche a chi ha pagato i 300 fr. il dritto di rivolgersi contro Pietro e Paolo per ciò che eccede la porzione che si sarebbe dovuta da lui contribuire cioè per 200 franchi, 100 contro Pietro e 100 contro Paolo).

1210 (**1163**). — Il creditore che acconsente alla divisione del debito a favore di uno de'condebitori, conserva l'azione solidale contro gli altri, dedotta però la porzione del debitore che egli ha liberato dal solido.

619. In questo luogo non si tratta della remissione o esonerazione *del debito* che il creditore farebbe ad uno dei debitori, e della quale abbiam detto sotto l'articolo **1208** (**1161**), ma della remissione che egli fa soltanto *della solidarietà*. Primo, Secondo e Terzo sono a me debitori in solido di 12,000 franchi; io rinunzio di rivolgermi contro l'ultimo per più di 4.000 franchi, cotalchè egli non è più debitore in solido, ma solo per la sua parte.

Ma poichè il debitore di cui si tratta nel nostro articolo, riman sempre obbligato alla sua parte del debito, e quindi egli è responsabile, come i suoi condebitori, in faccia a colui che potrebbe esser costretto di pagare l'intero, il dritto del creditore di agire contro gli altri debitori non doveva qui restringersi per alcuna ragione o pretesto. Demante tenta indarno (tom. 2, n. 659) di giustificare l'ultima disposizione del nostro articolo che è contraria alla dottrina di Pothier (n. 277). Dice Demante che nella divisione fatta dal creditore, la legge vede lo intendimento di defalcare dal debito in solido la parte del debitore; ma se fosse così, il creditore avrebbe fatto la deduzione e la remissione dello stesso debito per la parte del condebitore, e non già una semplice remissione della solidarietà.

Quest'ultima disposizione del nostro articolo è tanto poco conforme alla ragione, che Delvincourt, Duranton (XI, 231) e Zachariae (tom. 2, pagina 271, nota 36) non credendo che il Codice senza alcun motivo abbia voluto abbandonare la dottrina di Pothier, insegnano che il nostro articolo intenda solo parlare di una divisione consentita, pagata che avrà realmente il debitore la sua parte, e non già di una rinunzia pura e semplice della solidalità. Ma questo è un errore certo in cui non si sarebbe certamente incorso se si fossero letti i lavori preparatori, tanto negletti.

620. Infatti il nostro art. **1210** (**1163**) (che portava allora il n. **112**) era scritto in modo da scostarsi sempre più dalla dottrina di Pothier: « Il creditore perde ogni azione solidale *quando* consente *alla divisione del debito* riguardo ad uno dei debitori; egli è così parimente *quando riceve separatamente la parte* di uno dei debitori, tranne che...» e appresso seguiva un secondo paragrafo. Di certo nel primo caso, quello cioè di un creditore che consente alla divisione, non si alludeva a quella consentita col pagamento reale di una parte del debito, aggiungendosi come distinto il caso in cui il debitore riceve separatamente questa parte. Quando si fece la co-

municazione officiosa al Tribunato; la distinzione fra due casi, e quel vero che noi vorremmo far qui rispiccare, divenne più palpabile: « La sezione, leggesi nel processo verbale, si avvisa che nei due casi previsti dal primo paragrafo il creditore non deve perdere la sua azione solidale... Affinchè meglio si coordinassero gli articoli la disposizione dello articolo 112 (il nostro articolo 1210 (1163)) parlerà del solo caso in cui il creditore consente alla divisione del debito. Sarà collocata nello articolo 113 (oggi articolo 1211 (1164)) la disposizione che si rapporta al caso in cui il creditore riceve separatamente la parte di uno de'debitori » (*Vedi* Fenet, tom. XIII, p. 130 e 152).

Dal testo del Codice ben si scorge che i cambiamenti chiesti dal Tribunato furono fatti; e vien provato che se Demante volle a torto giustificare il nostro articolo, Duranton, Zachariae, ec. ne fraintesero il senso e fecero più male.

Altro rimprovero di tal fatta faremo a questi scrittori, e a Toullier sotto l'articolo 1215 (1168).

Del rimanente, poichè il nostro articolo è certamente contrario ai veri principî, ed altresì all' interesse dei debitori (giacchè rendendosi la remissione di solidarietà più grave per il creditore che non doveva essere, si fa per ciò anche più rara) non bisognerebbe estendere la sua disposizione oltre i suoi termini, e dovrebbe riconoscersi che il creditore conserverebbe il suo dritto di agire per lo intero e senza deduzione, se avesse fatto la remissione della solidarietà con questa espressa riserba.

1211 (1164). — Il creditore che riceve divisa la parte di uno de' debitori senza riserbarsi nella quietanza l'azione solidale, o i suoi diritti in generale, non rinunzia alla solidalità se non per riguardo a tal debitore.

Non si presume che il creditore abbia liberato il debitore della solidarietà, col ricever da lui una somma eguale alla porzione che dee, se la quietanza non dichiari che la riceve per la sua quota.

Lo stesso ha luogo per la semplice domanda fatta contro uno dei condebitori per la sua quota, se questi non vi abbia aderito, o se non vi sia stata una sentenza di condanna.

621. Il precedente articolo ha parlato della espressa remissione della solidarietà; il presente tratta della tacita da cui vengono nè più nè meno i medesimi effetti.

Da due circostanze esce la tacita remissione. Primieramente, quando il creditore riceve da uno dei debitori una somma eguale alla sua porzione del debito, scrivendo nella quittanza esser quella la porzione del debitore, senza fare veruna riserba. Se il creditore, tuttochè dica di aver ricevuto quella somma *per la parte* del debitore, avesse riserbato la sua solidarietà se non altro in termini generali « senza pregiudizio dei miei dritti, senza nuocere in nulla ai miei dritti, ec. » queste due dichiarazioni rendendosi reciprocamente vane, e la rinunzia della solidarietà non dovendo di leggieri presumersi, la solidarietà non sarebbe rimessa (Pothier, n. 277 § 5, 6, e 7).—La tacita remissione avviene anche quando il creditore essendosi rivolto contro uno dei debitori per la parte di lui, o vi è stata l'adesione di questi, o una sentenza che lo condanni a pagare quella parte. Finchè non si è formato il contratto per l'adesione del debitore, o da una sentenza di condanna non ne è venuto il quasi-contratto giudiziario; la domanda fatta del creditore è inefficace, e può essere ritrattata da lui.

Similmente si comprende che la remissione tacita sarebbe come non avvenuta, se si fosse annullato il contratto consentito per la adesione del debitore, o veramente se vi fosse stata la sentenza di condanna, o in appello o in cassazione, o altramenti.

1212 (1165). — Il creditore che riceve divisa e senza riserva da uno dei condebitori la porzione degli arretrati o degli interessi, non perde l'azione solidale se non per gli arretrati o interessi scaduti, non già per quelli che dovranno maturare, nè per lo capitale; eccetto se il pagamento così diviso siasi continuato per dieci anni di seguito.

622. Il pagamento d'interessi o di decorsi che il creditore ha confessato ricevere da uno dei debitori *per la parte* di lui e senza riserva, reca in atto, secondo il già detto, la remissione della solidarietà, per gl' interessi corsi che il debitore è stato ammesso a pagare per la sua parte, e non già per gli interessi futuri, ed ancor meno per il capitale. — Se i pagamenti così fatti dal debitore per la sua parte senza alcuna riserva del creditore, si fossero continuati per tanto tempo che basti a prescrivere (che in questo caso è di dieci anni) essendo prescritta per il debitore la solidarietà, il creditore non potrebbe più invocarla contro di lui nè per il capitale nè per gli interessi a correre.

Per applicare cotal regola diciamo esser necessario che il pagamento sia stato ricevuto *per la parte* del debitore, e senza alcuna riserva del creditore. Infatti lo articolo deve certamente spiegarsi coi precedenti, ed è lo stesso principio che vi si applica. Ciò diceva pure Pothier (n. 279).

1213 (1166).—L'obbligazione contratta solidalmente verso il creditore si divide *ipso jure* fra i debitori, ciascun de' quali non è tenuto verso gli altri se non per la propria porzione.

623. Il Codice che negli articoli precedenti si è occupato del dritto di agire del creditore, tratta ora della parte che debbono contribuire fra loro i debitori. Non essendo ciascuno tenuto, assolutamente e oltre i suoi rapporti col creditore, che della sua propria porzione, cioè in ragione del suo interesse personale nella causa della obbligazione, chi ha pagato più della sua porzione, essendo stato per ciò come un mandatario, può rivolgersi per quello che eccede contro gli altri debitori suoi mandanti, o per il capitale o per gl'interessi (art. 2001 (1873)).

Si è preteso alle volte che non potrebbe darsi luogo a tale azione se il debito solidale fosse nato da un delitto (articolo 55 Cod. pen. (51 M)), perchè non si deve trar partito dalla propria turpitudine: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Ma dapprima, il nostro dritto non permette che alcuno, e molto meno un condebitore obbligato in solido per effetto di un delitto, si arricchisca coll'altrui danno; ed oltre ciò il debitore il quale ha pagato più della sua parte, non deve per domandare quel che eccede, giovarsi del delitto commesso, ma soltanto del pagamento fatto tanto per conto suo, che del suo condebitore; e se il delitto per cui sono stati condannati è un fatto vergognoso, di certo il pagamento dei danni-interessi a riparazione del delitto, è un fatto morale, un adempimento di dovere.

1214 (1167). — Il condebitore di un debito solidale, che lo ha pagato per intero, non può ripetere dagli altri se non la quota e porzione di ciascuno.

Se uno di costoro non si trovi solvente, la perdita che ne deriva, si ripartisce per contributo sopra tutti gli altri condebitori solventi, e sopra quello che ha fatto il pagamento*.

* Quando il debito è scaduto, ed il condebitore solidale è insolvibile, non può negarsi al correo il diritto all'indennizzazione sol perchè non ancora si è fatto il pagamento al creditore. C. S. di Napoli, 9 febbr. 1850.

624. Quantunque il condebitore che ha pagato oltre la sua parte, sia di pieno dritto surrogato ai diritti del creditore (articolo 1251-3° (1204-3°)) e quand'anche abbia ottenuto di farglisi surrogare con una espressa convenzione, egli potrà ridomandare a ciascuno de'condebitori la propria porzione, non potendo rivolgersi contro costoro che in quanto ha fatto i loro affari. cioè per la parte a cui ciascuno era obbligato. La contraria sentenza di Toullier (VII, 163) rigettata dal nostro testo e dagli articoli 875, 1213, 2033 (795, 1166, 1905) si oppone anche alla dottrina generale degli scrittori (1).

Il riparto fra tutti i condebitori solvibili delle porzioni dovute da quelli insolventi, deriva dalla associazione stabilita fra tutti dalla legge.

1215 (1168). — Nel caso che il creditore abbia rinunziato all'azione solidale verso uno de' debitori, se uno o più degli altri divenissero non solventi, la porzione di costoro sarà per contributo ripartita tra tutti i debitori, anche fra quelli che dal creditore sono stati precedentemente liberati dalla solidalità.

625. Pothier insegnava (n. 275 *nella fine*) che il creditore il quale rinunzia alla solidarietà per uno dei debitori facea sì, che questi più non fosse costretto a conferire la sua parte del manco cagionato dalla insolventezza degli altri condebitori, e implicitamente obbligavasi a pagar quella parte in luogo di lui, ove ne fosse bisogno.

Il Codice, secondo noi ragionevolmente, non dà un effetto troppo largo a siffatta rinunzia del creditore. Senza fallo, questi può prendere quell'impegno col debitore; e la sua intenzione se risulterà dall'atto, o dalle circostanze, avrà il suo effetto; ma quando si rinunzierà puramente e semplicemente alla solidarietà, resterà tenuto il debitore a contribuire.

Gli scrittori invero hanno negato questa regola del nostro articolo che è così esplicita: Delvincourt, Toullier (VI, 739) Duranton (XI, 224) Zachariae (II, p. 271, nota 37) insegnano che il creditore il quale ha rimesso la solidarietà ad uno dei debitori, debba sostenere la parte che costui dovrebbe pagare per l'altrui insolventezza. Ma tal dottrina non potrebbe sostenersi, quando oltre il testo così formale del Codice, leggesi questo brano anche più formale nella esposizione dei motivi: « Se il creditore divide il debito riguardo ai condebitori, non deve inferirsi che egli abbia turbato le azioni rispettive dei condebitori fra loro. La divisione del debito non ha potuto esser consentita, nè accettata, che salvo il dritto altrui; così *il condebitore* liberato della solidarietà verso il creditore, *ha dovuto conoscere che egli doveva ancora adempiere un obbligo riguardo ai suoi condebitori, dove alcuno di loro fosse insolvente* » (Fenet, tom. XIII, pagina 255).

1216 (1169). — Se l'affare per cui fu contratto il debito solidale, non riguardava che uno degli obbligati in solido, questi sarà tenuto per tutto il debito verso gli altri, i quali non saranno considerati altrimenti verso di lui, che come suoi fideiussori.

626. L'obbligazione in solido può riguardare soltanto uno dei coobbligati, e allora rispetto a lui (ma non rispetto al creditore) gli altri sono fideiussori. Quello dei debitori fideiussori che avesse pagato il debito, avrebbe dritto di rivolgersi per lo intero contro il debito principale, ma se questi fosse insolvente, potrebbe altresì rivolgersi contro gli altri obbligati (articolo 2033, 2032-2 (1905, 1094-2)).

(1) Pothier (n. 381); Delvincourt (tom. II); Zachariae (II, p. 271).

Ma giova ripeterlo, gli altri obbligati sono fideiussori soltanto rispetto al debitore cui l'affare riguarda. Liberandosi dunque dal creditore uno dei coobbligati, non deve in principio riguardarsi, qual possa essere la parte effettiva di colui nel debito: tutti rispetto al creditore son tenuti a parti uguali; e le parole *rispetto a lui* furono aggiunte immediatamente « acciocchè si prevenisse, si è detto, ogni dubbio, e si facesse comprendere che rispetto al creditore tutti indistintamente son debitori principali, e come tali obbligati ». Fenet, tomo XIII, pag. 156).

Certamente la cosa potrebbe essere diversa, ma per eccezione, se uscisse dai termini del contratto, ovvero dalle circostanze, che il creditore abbia voluto *rimettere* la solidarietà al debitore per quella parte reale, maggiore, o minore per la quale egli sapeva di esser quello realmente interessato.

SEZIONE V.

DELLE OBBLIGAZIONI DIVISIBILI E INDIVISIBILI

627. È stata sempre riguardata, e con ragione, per una delle più difficili materie, quella delle obbligazioni divisibili e indivisibili.

Il celebre Dumoulin l'aveva a lungo trattato nella sua *Extricatio labirinthi dividui et individui*; e Pothier, che riproduce le idee di quel sommo giureconsulto (chiamando indistintamente coteste obbligazioni *divisibili-indivisibili*, ovvero *dividue-individue*) è stato qui, come quasi sempre nel suo *Trattato delle obbligazioni* copiato, e suntato dal Codice. Dumoulin e Pothier erano assai oscuri in più luoghi, e sebbene ciò derivasse spesso dall'indole istessa del soggetto, delle volte anche era cagionato dalle sottigliezze, ed anche dalle contraddizioni (apparenti almeno) non tanto dovute alla natura del soggetto quanto alle moltiplici ed inutili peculiarità e esempi non bene scelti. Pertanto sembra che gl'interpreti del Codice, avrebbero dovuto fare a meno nel lavoro di Dumoulin delle idee non intelligibili e insieme inutili, onde meglio e più nettamente determinare quelle loro spiegazioni che servono a far perfettamente comprendere gli articoli della nostra sezione.

Per mala ventura essi tennero la via contraria. Scoraggiati dalle difficoltà incontrate in Dumoulin e Pothier, e presi alla lettera i testi del Codice, spesso poco esatti, han trovato inintelligibili, non solo talune peculiarità di cui abbiamo parlato, ma anche le regole fondamentali della materia. Toullier (VI, 782) francamente dichiara di non aver chiaramente compreso l'indole delle obbligazioni indivisibili, e più innanzi confessa (n. 792) di non aver potuto scorgere alcuna differenza fra le due classi di obbligazioni che dal Codice son distinte come diverse.

Duranton nol confessa, ma diede nello stesso scoglio; e sebbene ne parli, come se benissimo comprenda gli articoli della nostra sezione, crede similmente che rientrino l'una nell'altra le due classi delle sopraccennate obbligazioni (XI, 256).

La nostra materia quindi dopo il Codice, perchè inesattamente interpretata, è anche più difficile di prima. Noi speriamo che, togliendo di mezzo le peculiarità di cui sopra è discorso, faremo ben comprendere le regole della nostra sezione.

628. Dumoulin e Pothier distinguono tre specie di indivisibilità, e non tre classi; ma due soltanto di obbligazioni indivisibili, essendochè la terza specie d'indivisibilità riguarda la maniera di eseguire, non togliendo che l'obbligazione resti divisibile.

La prima indivisibilità avviene quando l'oggetto dell'obbligazione non sia capace di veruna divisione, nè materiale, nè intellettuale. La seconda avviene quando l'oggetto, sebbene in se stesso divisibile, almeno intellettivamente, sia indivisibile sotto il rapporto con cui le parti contraenti lo han-

no riguardato. Infine vi è pure la indivisibilità *solutione tantum*, quando l'oggetto non può essere soddisfatto in parte dai debitori, sebbene resti pienamente divisibile, e si divida infatti tra i creditori se sono parecchi.

Dumoulin e Pothier chiamano la prima indivisibilità, *individuum* CONTRACTU, e alle volte NATURA, chiamano l'altra *individuum* OBLIGATIONE. *La parola contractu* non ci sembra bene scelta pel primo caso, poichè allora non per la convenzione ma per l'indole stessa la cosa e quindi la obbligazione diventano indivisibili, e per altro le parole « indivisibile *contractu* » non porgono una idea ben distinta delle parole « indivisibile *obligatione* ». D' altra mano, come comprendere *una obbligazione* indivisibile *per l'obbligazione*? Parrebbe almeno secondo noi più soddisfacente, più logico, più vero che si togliesse la parola *contractu* nella prima indivisibilità, bastando la parola *natura*, e si sostituisse nella seconda alla parola *obligatione* che interamente verrebbe meno. Così vi sarebbe 1° l'*individuum natura*, indivisibilità (dell'obbligazione) che risulta dalla natura reale dell'oggetto; 2° l'*individuum contractu*, indivisibilità (sempre della obbligazione) risultante dalla volontà delle parti, dall'indole convenzionale che han dato all'oggetto; 3° *l'individuum solutione tantum*, indivisibilità nella esecuzione, e che lascia la loro natura divisibile all'oggetto e alla obbligazione.

629. Togliendo di mezzo quistioni inutili di peculiarità (ed altresì esempi alle volte non bene scelti) noi abbiamo tentato con altri mezzi di rendere più intelligibili le obbligazioni divisibili e indivisibili, e le disposizioni della nostra sezione.

Gli scrittori han lungamente discusso se questa o quella speciale obbligazione sia indivisibile *ipsa natura* ovvero *obligatione* (cioè *contractu*). Oltre che tal quistione (nella quale si comprende l'altra se il tale oggetto sia o pur no divisibile intellettivamente, giuridicamente) sarà sempre un punto della più sottile metafisica e tale da risolversi in questo o in quel senso secondo la mente di ognuno ; è per altro inutile lo esaminarla, avvegnachè le due classi di obbligazioni indivisibili producano i medesimi effetti. Ecco dunque tutta la serie delle quistioni che debbonsi troncare.

Il conoscere se questa o quella obbligazione sia indivisibile *contractu*, o invece offra una semplice indivisibilità di pagamento ha una qualche utilità , essendo diversi gli effetti dall' uno all' altro caso. Ma si dovrà perciò farne lo esame per ognuna delle moltiplici ipotesi che possano presentarsi, ovvero al contrario, esposti nettamente i principî della materia, e le regole di differenza non comprese dai nostri antecessori, si dovrà lasciare che il giudice del fatto in ogni speciale affare applichi questi principî, e ricerchi nelle circostanze se le parti abbiano voluto semplicemente escludere un pagamento parziale, o veramente abbiano riguardato l'oggetto come indivisibile? Il primo sistema, supposto che abbia una grande utilità , era in ogni caso impraticabile per noi, avvegnachè per applicarsi fosse bisogno o di un trattato speciale. o di un'opera di un quaranta volumi per tutto insieme il Codice.

Dobbiamo credere che le nostre spiegazioni abbian dato nel segno , poichè un dotto magistrato parlando del nostro libro nota « le pagine nelle quali mercè una nitida classificazione lo scrittore è riuscito a sgombrare la oscurità tradizionale che copre la famosa distinzione delle obbligazioni divisibili e indivisibili » (1).

630. Secondo ciò che di sopra abbiam detto, si comprende che è necessario sempre ricercare nell'oggetto della obbligazione, se esista o no una delle tre specie di indivisibilità; che l'obbligazione è indivisibile o quando l' oggetto è tale per sè stesso (*natura*), o quando è stato come tale riguardato dalle parti (*obligatione* o meglio *contractu*); e infine vi è indivisibilità non più dell'oggetto, nè perciò della obbliga-

(1) Lagrange; *Le droit* del 2 luglio 1846.

zione, ma soltanto della esecuzione. Così vi sono due classi di obbligazioni indivisibili; poi una classe di obbligazioni, le quali sebbene divisibili, non debbono essere eseguite separatamente dai debitori.

Il Codice ci porge la obbligazione indivisibile *natura*, per la natura reale della cosa nell'art. 1217 (1170).

Riproduce nell'articolo 1218 (1171) la obbligazione indivisibile *obligatione* (o piuttosto *contractu*) cioè per la qualità che i contraenti han dato alla cosa.

Nello articolo 1221 (1174) nel § degli effetti *delle obbligazioni divisibili* parla di quelle obbligazioni che tuttochè divisibili non possono essere in parte eseguite, ed è questa la indivisibilità *solutione*.

1217 (1170 M).— La obbligazione è divisibile o indivisibile secondo che ha per oggetto o una cosa che nella sua prestazione, o un fatto che nella sua esecuzione, è o non è suscettivo di divisione sia materiale sia intellettuale.*

631. Questo articolo onde determinare la indivisibilità della obbligazione, non si riferisce alla *esecuzione della obbligazione* come dovrebbe, e invece parla del rilascio della cosa o della esecuzione del fatto che forma l'oggetto della obbligazione; questo linguaggio può ingenerare una confusione. Bisognava dire che l'obbligazione è indivisibile quando il suo oggetto non è assolutamente capace di divisione, e ciò ha voluto dire il Codice (Pothier, n. 291).

Perchè l'obbligazione sia indivisibile nel senso del nostro articolo, *natura*, è necessario che il suo oggetto non sia capace di divisione senza distruggersi materialmente o intellettivamente. Così un cavallo non può dividersi materialmente fra più persone, ma lo si può intellettivamente, giuridicamente; posso aver la metà o il terzo della proprietà del cavallo, e posso vendere, donare, ecc. la metà o il terzo; quindi se non parti materiali, si possono qui fare le parti giuridiche, e riman divisibile la obbligazione di consegnare un cavallo. Se io devo un cavallo a Pietro e a Paolo, debbo eseguire la mia obbligazione rispetto a Pietro dandogli la metà della proprietà del cavallo.

Per l'incontro, essendomi obbligato a fare un viaggio a Lione, non potrò dare la metà del mio debito, non potendosi concepire che si divida il viaggio; l'oggetto qui è indivisibile giuridicamente non che fisicamente, e l'obbligazione è indivisibile *natura*.

1218 (1171).—L'obbligazione è indivisibile, quantunque la cosa o il fatto che ne forma l'oggetto sia di sua natura divisibile, se il rapporto sotto cui è considerato nella obbligazione, non la renda capace di esecuzione parziale.

SOMMARIO

I. Differenza fra l'obbligazione indivisibile *di cui parla questo articolo, e la obbligazione* divisibile, *il cui adempimento soltanto è indivisibile* a parte debitorum. *Errore di Toullier e Duranton.*

II. Esempi dell'una e dell'altra obbligazione.

III. Si dividono in divisibili e indivisibili tanto le obbligazioni di fare o di non fare, quanto le altre. Risposta a Molitor.

I.—632. È questa la obbligazione che Dumoulin e Pothier chiamavano indivisibile *obligatione*, e il Codice mal la qualifica come non suscettiva di *esecuzione parziale* sotto il rapporto con cui l'oggetto vien considerato. Ciò vale confondere la

* Il nostro art. 1170 è stato meglio espresso: « La obbligazione è divisibile o indivisibile secondochè la cosa che si dee consegnare o il fatto che si dee prestare, sia o no capace di divisione materiale o intellettuale.

indivisibilità *obligatione* con la semplice indivisibilità *solutione tantum*, l' obbligazione indivisibile della seconda specie con l' obbligazione divisibile il di cui adempimento soltanto non può in parte eseguirsi. Ciò serve a mettere in contraddizione il nostro articolo 1218 (1171) secondo il quale è INDIVISIBILE la obbligazione di cui parla, con gli art. 1220, 1221 (1173, 1174) i quali dichiarano che in alcuni casi (e massime se *dal fine propostosi nel contratto* risulti aver voluto i contraenti che il debito non potesse *in parte soddisfarsi*), si potrà agire per l'intero contro un solo debitore per eccezione al principio delle obbligazioni *indivisibili* (articolo 1220 *in fine* (1173), 1221, par. 1 e 5 (1174-1 e 5)).

Bisognava dire: « quando il rapporto sotto cui l'oggetto è riguardato, rende questo e quindi la obbligazione incapace, non solo di *parziale esecuzione*, ma anche di *divisione*...». Leggendo il n. 792 di Toullier ed il n. 256 di Duranton, ben si scorge come essi sieno incorsi nella confusione già notata, perchè, non osservato questo vizio di compilazione, si fermarono alle parole, *esecuzione* parziale.

Onde evitar tal confusione basterà recare due esempi.

II. — 633. Voi mi avete promesso un cavallo di calesse. La vostra obbligazione è certamente divisibile, avvegnachè un cavallo, come sopra abbiam detto, è perfettamente capace di parti giuridiche, di divisione intellettuale, nè si può dire di averlo noi considerato nel nostro contratto come incapace di tale divisione. Ma deriva e dalla cosa stessa che ha fatto l'oggetto del nostro contratto, e dal fine che mi son proposto contraendo con voi, che il nostro debito non potrebbe in parte soddisfarsi. Quindi non vi è nè indivisibilità, *natura*, (art. 1217 (1170)), nè indivisibilità *obligatione* (art. 1218 (1171)); ma indivisibilità *solutione* (art. 1221-5° (1174-5°)); il debito non è *indivisibile*, non capace di *divisione nel suo oggetto*, ma lo è di *parziale esecuzione*; e se voi lasciate due eredi, l' uno di essi non potrà sdebitarsi con darmi la metà della proprietà di un cavallo, e l'altro un' altra metà di proprietà di un cavallo: quello dei due a cui mi rivolgo è obbligato a consegnarmi per intero un cavallo. Ma non è questa nella teoria del Codice una obbligazione indivisibile; perchè anzi ella si divide di pieno dritto fra gli eredi del debitore. Se io lascio due eredi, ciascuno di loro sarà creditore per la metà di un cavallo, e non potrà domandare se non questa metà, o a voi se ancora vivete, o ad uno dei vostri eredi. Il debito, sebbene divisibile, non può invero soddisfarsi in parte, e uno dei debitori non ne può pagare la sua parte; ma riman sempre divisibile, e ciascuno dei creditori non ne può pretendere che la sua parte. Ciò venne spiegato chiaramente da Pothier (*passim* e specialmente n. 314) ed anche consacrato dal Codice, poichè dopo aver detto nello art. 1220 (1173) che « gli eredi del creditore non possono ripetere il debito divisibile ». e che « gli eredi del debitore non son tenuti di pagarlo che per le porzioni per cui sono obbligati, come rappresentanti il creditore o il debitore » aggiunge nello art. 1221 (1174) che « *questo principio è soggetto ad eccezione* nel caso di cui ci occupiamo e in qualche altro, ma soltanto *riguardo agli eredi del debitore* ».

634. È diversa la cosa quando l'oggetto della obbligazione, invece di non potersi solo soddisfare in parte dai debitori, sia veramente indivisibile se non per sè stesso, almeno nell'intendimento delle parti. Io voglio stabilire una fabbrica per la quale ho bisogno di quel jugero di terreno che voi possedete da canto ai miei fondi, e vi obbligate a rilasciarmelo; tre quarti di esso non mi potrebbero bastare, essendomi tutto necessario per la fabbrica. Allora la vostra obbligazione è indivisibile non in sè stessa (avvegnachè un pezzo di terra può ben dividersi anche in parti materiali), ma nel nostro intendimento, perchè quel terreno serve tutto al mio scopo, e mi sarebbe inutile se non fosse intero. Di che segue che non solo potrò, seguita la vostra morte, rifiutare la parte che ciascuno dei

vostri eredi vorrebbe darmi nel pezzo di terra, ma ciascuno dei miei eredi potrà altresì alla mia morte negar di ricevere o dai vostri eredi, o da voi stesso una parte del terreno; il tutto potrà essere domandato e contro ciascuno dei debitori, e da ciascuno dei creditori.

Non bisogna dunque confondere l'obbligazione che è veramente indivisibile (o per l'indole reale dell'oggetto, o per la qualità, e per così dire, per la natura convenzionale attribuita all' oggetto dalle parti) con l'obbligazione di cui l'oggetto è indivisibile per lo adempimento che ne faranno i debitori, e che resta altronde divisibile.

III. — 635. Pothier combatte, come già Dumoulin, la dottrina di parecchi dottori i quali, secondo egli (n. 289) riferisce, riguardavano come necessariamente e sempre indivisibili le obbligazioni che consistono *in faciendo* o *in non faciendo*; e osserva che le obbligazioni di fare o di non fare possono come le altre essere ora indivisibili ed ora divisibili. Il che vien provato dal nostro e dal precedente articolo, i quali applicano la distinzione tanto alle obbligazioni che han per oggetto un fatto, quanto a quelle di cui l'oggetto è una cosa da dare o da rilasciare.

Infatti, se io mi sono obbligato a trasportarvi il vostro ricolto dai campi ai vostri magazzini, e ripostavi la metà delle vostre biade lascio a mezzo la mia obbligazione, avrò certamente adempito in parte il mio impegno, e quindi esso, sebbene consistesse *in faciendo*, poteva ben dividersi.

Similmente, se voi vi siete obbligato con me di non dissodare i vostri cinquanta ettari di bosco affinchè io possa cacciarvi, e voi ne mettete dieci a cultura, la vostra obbligazione è mantenuta in parte, e in parte violata; era dunque divisibile, sebbene consistesse in *non faciendo*.

635 *bis*. Molitor nel suo *Corso di dritto romano approfondito* (tom. 1, pag. 351) combatte questa soluzione. Censurata la spiegazione di Pothier (il cui esempio non ci sembra bene scelto), aggiunge: « Marcadé, uno degli scrittori che meglio hanno spiegato questa parte del Codice, si accosta all'errore di Pothier. Ma come se egli avesse inteso il falso nell'esempio citato da questo giureconsulto, si giova di un'altra ipotesi per inferirne, che vi hanno obbligazioni in *non faciendo*, che possono dividersi. Neghiamo la conseguenza. Colui che promette, se nella ipotesi di Marcadé avesse contraffatto alla obbligazione col dissodare non altro che una piccola parte, si stimerebbe come se non l'abbia eseguito affatto ».

Ci sembra non esatta la idea dell' onorevole professore (1), che noi desideriamo. Senza fallo, la ipotesi di Pothier non era ben scelta; senza fallo, non si può dire che colui il quale abbia assunto l'obbligazione *di non turbare il possessore di un fondo*, vi controvviene in parte rivendicandone una sola parte, avvegnachè da quando voi turbate il mio possesso, contraffate del tutto alla vostra obbligazione di non turbarmi; essendovi più o men grande turbamento, si controvviene del tutto alla promessa di non turbarmi. Ma se tale obbligazione è necessariamente indivisibile, non è tale qualunque altra che consiste in *non faciendo*.

Non si comprende lo inadempimento in parte della vostra obbligazione di non turbarmi, perchè non vi ha partito mezzano tra il turbarmi, e il non turbarmi; ma allo incontro ve n'ha uno larghissimo tra il non dissodare *i vostri 50 ettari di bosco*, e il non dissodarne neppure una gleba. Nel primo caso, il turbarmi sopra qualsiasi punto fa venir meno del tutto il mio scopo, dappoichè il mio contratto tendeva a farmi schivare una causa, e la causa esiste; nel secondo invece, il dissodamento in parte non mi farà perdere del tutto il dritto di cacciare che io ho voluto procurarmi, ma lo scemerà solo in parte (e lo scemamento potrebbe essere insignificante per la poca estensione, e la non importante posizione

(1) Molitor distinto professore all' università di Gand fu tolto prematuramente alla scienza dal cholera del 1848.

della parte dissodata). Può ben allora concepirsi uno inadempimento in parte (che può essere di pochissimo momento) e la mente comprende il più o il meno nello inadempimento, e quindi l'obbligazione di non fare può essere alle volte divisibile, come han detto Dumoulin e Pothier, come è ammesso dai nostri articoli 1217, e 1218 (1170, 1171), contro i quali Molitor ha fatto ingiustamente guerra (nn. 262, 263).

1219 (1172).—La solidarietà stipulata non imprime alla obbligazione il carattere d'indivisibilità.

636. L'obbligazione in solido, come abbiam veduto, non è indivisibile, anzi al contrario si divide di pieno dritto fra gli eredi o di uno dei creditori, o di uno dei debitori. Viceversa, la indivisibilità non trae la solidarietà, checchè ne fu detto da una strana decisione della Corte di cassazione, di cui parleremo sotto l'art. 1225 (1178); nè si applicherebbero alla obbligazione indivisibile le regole stanziate dalla precedente sezione per le obbligazioni in solido.

§ 1.—*Degli effetti dell'obbligazione divisibile.*

1220 (1173). — L'obbligazione che è capace di divisione, si debbe eseguire fra il creditore ed il debitore come se fosse indivisibile. La divisibilità non è applicabile se non per riguardo ai loro eredi, i quali non possono ripetere il debito, nè son tenuti a pagarlo se non per la rata delle quote ereditarie, o per quella parte nella quale rappresentano il creditore o il debitore.

637. Le obbligazioni si distinguono in divisibili e indivisibili pei molti creditori o debitori, avvegnachè, essendovi un sol creditore, o un sol debitore, l'obbligazione, per quanto possa dividersi, deve semplicemente e interamente eseguirsi, non essendo mai capace di pagamenti in parte; cotalchè ha il medesimo effetto che se fosse indivisibile. Dunque sol quando restano più rappresentanti di un creditore, o di un debitore defunto, l'obbligazione che primitivamente era fra un sol debitore e un sol creditore, può venir divisa, se ne è capace.

Ma non sarebbe così, nè sarebbe necessario che morisse una delle parti per applicare i principî della divisibilità, se l'obbligazione si formasse immediatamente per più creditori, o contro più debitori, ovvero se l' unico creditore vendesse il suo credito a parecchi.

Il Codice, dopo Pothier, ha parlato del solo caso più ordinario, in cui molti eredi succedono al creditore o al debitore, ma la regola si applica certamente, semprechè vi sieno più creditori, o debitori, qualunque ne sia la causa.

638. Si noti che morta una parte, il dritto dividesi fra i suoi eredi, non in parti virili, ossia in altrettante parti uguali, quanti sono gli eredi, ma in proporzione della parte per cui ognuno degli eredi rappresenta il defunto. Quindi se v'ha due eredi del defunto, dei quali uno lo rappresenta per due terzi, e l'altro solo per uno, il primo sarà creditore, o debitore pei due terzi, e il secondo per l' altro terzo.

Come si vede, il principio della divisione dei debiti e dei crediti fra gli eredi, può mutare immediatamente un grosso debito in piccolissimi debiti. Essendo Pietro debitore a Paolo di 5,000 fr. e morto costui restano cinque eredi, vi saranno cinque crediti di 1,000 fr. per uno; e se Pietro lascia altri cinque che lo rappresentino, ciascuno di costoro non sarà debitore che del quinto a ciascuno degli altri, dimodochè il debito primitivo di 5,000 fr. si muterà in 25: debiti di 200 franchi per uno.

Diciamo esservi allora moltissimi debiti e crediti, acciocchè meglio si comprenda lo effetto della divisione : ma non bisognerebbe prendere alla lettera quella espressione; avvegnachè, parlando propriamente e in rigore, non vi sono parecchi debiti, ma uno diviso in più parti, e che può pagarsi in parti, perchè dovuto da più persone, o a più persone. Pertanto se morto un creditore con cinque eredi, e morti quattro di loro, il coerede fosse il lor successore, costui diventerebbe così unico creditore dell'unico debito, e il debitore non potrebbe pagarlo in cinque parti, poichè l'unico debito non è più pagabile a parecchi, *cessante causa cessat effectus*. Sarebbe così viceversa, se uno dei coeredi del debitore divenisse erede dei suoi vari coeredi. Noi supponiamo una accettazione pura e semplice di eredità, dappoichè se fosse col beneficio, resterebbero divise le parti di debito, o di credito, l'una che fa parte del patrimonio del coerede che accetta, e le altre che appartengono sempre ai patrimoni dei coeredi defunti.—Era questa pure la dottrina di Dumoulin e di Pothier (n. 318).

639. Abbiamo stabilito nel *titolo delle successioni* (articolo 883 (803), n. IV) che la divisione legale del nostro articolo è provvisoria rispetto ai crediti, e vien meno colla definitiva divisione della eredità.—Solo i debiti restano definitivamente divisi.

1221 (1174).—Il principio stabilito nel precedente articolo è soggetto ad eccezione riguardo agli eredi del debitore :

1° quando il debito sia ipotecario;

2° quando si debba un corpo determinato;

3° quando si tratti di debito alternativo di cose a scelta del creditore delle quali una sia indivisibile;

4° quando un solo degli eredi sia in forza del titolo incaricato dell'adempimento della obbligazione;

5° quando o dalla natura della obbligazione, o dalla cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto di mira nel contratto, risulti essere stata intenzione dei contraenti, che il debito non possa soddisfarsi partitamente.

Ne' primi tre casi, l'erede che possiede la cosa dovuta, o il fondo ipotecato, può esser convenuto per l'intero sulla cosa o sul fondo, salvo il regresso contro i suoi coeredi. Nel quarto caso l'erede che è solo incaricato del debito, e nel quinto caso ciascun erede può esser convenuto per lo intero, salvo il regresso contra gli altri coeredi.

SOMMARIO

I. È questa la indivisibilità solutione *tantum, per la quale la obbligazione resta divisibile.*

II. La eccezione che l'articolo fa per cinque casi, esiste solo per tre. Sviluppamenti.

III. Mutamento recato agli antichi principi per il dritto di agire che ha il creditore. Uno degli eredi di costui non potrebbe agire per l'intero. Errore di Toullier e di Duranton.

I.—640 Il principio che le obbligazioni divisibili si dividono di pieno dritto fra i diversi coeredi del creditore, o del debitore, soffre eccezione in alcuni casi indicati dal nostro articolo, ma solo rispetto agli eredi *del debitore*.

I casi di questa eccezione ci porgeranno la indivisibilità *solutione*, di cui sopra parlammo, cioè quelli nei quali l'obbligazione, sebbene possa dividersi, e si divida fra più creditori (il che la fa distinta sempre dalla obbligazione indivisibile, anche *obligatione* soltanto) non può in parte soddisfarsi dai debitori.

Vedremo che la eccezione esiste soltanto in tre dei cinque casi accennati dall'articolo.

II. — 641. 1° Primieramente si nota il

caso di un debito ipotecario, e si dice (§ ultimo) che l'uno degli eredi del debitore il quale possegga l'immobile ipotecato, potrà esser costretto per l'intero sopra di esso immobile; idea tolta da Pothier (numero 300), buona forse in un libro dottrinale, ma qui fuori luogo, non essendo affatto questo caso un' eccezione al principio. Secondo il quale, morto il debitore, i suoi eredi non son debitori, nè possono essere costretti in suo luogo, che ciascuno per la sua parte. Or per nulla vien mutato il principio dal possedere uno degli eredi l'immobile ipotecato al debito; avvegnachè lo erede come tale, e come debitore personale è sempre obbligato, e può essere costretto per la sola sua porzione ereditaria, e in ciò si applica perfettamente il principio: se egli può esser costretto per lo intero ipotecariamente, ciò esce da una regola che non ha alcun rapporto coll' altra. Essendovi ipoteca vi sono due debitori; da una mano la persona obbligata, dall'altra l'immobile; dimodochè il creditore può perseguire l'immobile presso tutti i suoi possessori, ovvero, in altri termini, perseguire tutti i possessori dello immobile, fossero pure non eredi del debitore, e affatto estranei al debito.

Pertanto se lo erede possessore viene costretto per lo intero, non è questa una eccezione al principio che il debito si divida fra lui e i suoi coeredi; perchè 1° un estraneo possessore sarebbe costretto al pari di lui; 2° lo erede non meno che lo estraneo può schivare il restringimento per lo intero, lasciando di possedere l'immobile obbligato; 3° in quanto egli rappresenta il defunto, può esser solo costretto per la sua parte, e il principio della divisione si applica tanto a lui che agli altri. — Ripetiamolo, il debito allora si vuol pagato per intero non dall'*erede*, ma dall' *immobile*, e quindi resta integro il principio a cui pretende farsi un' eccezione.

2°. La seconda eccezione è vera, ed è quando il debito abbia per oggetto un corpo certo, una cosa determinata *in ipso individuo*, e lo articolo ci dice (§ ultimo) che se uno degli eredi sia il solo che possegga tal cosa (essendo toccata a lui nella divisione ereditaria) si può domandarla intera da lui, ed egli non può offrire la parte che risponda a quella per cui rappresenta il defunto. È questa dunque realmente un'eccezione al principio ed è naturale; essendo semplicissimo che si domandi la cosa dovuta a quello dei condebitori che la possegga. — Nè importa che il corpo certo debba rilasciarsi per effetto di una vendita, d'una donazione, di una permuta, ovvero per effetto d'un deposito, o d'un prestito ad uso, nei quali due ultimi casi si dovrebbe semplicemente restituire. Qualunque cosa a restituirsi per effetto di deposito o di prestito ad uso è necessariamente un corpo certo (articolo 1283 (1247), n. III): e quindi non si comprende, perchè Pothier presenti come due eccezioni al principio (nn. 302, 303) dei casi governati da una sola e medesima regola.

3°. La terza eccezione è quando vi ha un debito alternativo di cose, delle quali una indivisibile, e di cui spetta al creditore la scelta. È questo un controsenso in cui incorsero i compilatori per non aver compreso il brano di Pothier che vollero riprodurre. Che il creditore di un debito alternativo, nel quale è sua la scelta, conservi questa facoltà, posciachè il debitore muore lasciando di se parecchi eredi, la è cosa ben semplice; e di conseguenza se indivisibile è uno degli oggetti del debito, egli può domandarlo. Ma allora non può farsi in parte il pagamento, perchè indivisibile è l'oggetto scelto, e quindi anche il debito; or essendo *indivisibile* il debito, non è questa una eccezione al principio del pagamento in parti dei debiti *divisibili*. — Dippiù non è questo quel che diceva Pothier, il quale semplicemente parlava (n. 312) d'un debito alternativo ordinario, il che suppone, diversamente da ciò che ne pensano i nostri compilatori, che divisibili sieno i diversi oggetti del debito, e che la scelta tocchi al debitore (art. 1190 (1143)). Infatti egli offriva ad esempio il caso in cui il defunto fosse de-

bitore *della tal casa*, *o di una somma* di 1,000 fr. Posto ciò che diceva Pothier, se il defunto lasciasse due eredi, ciascun di loro non potrebbe pretendere di pagare a sua scelta la metà dell'uno o la metà dell'altro, essendo debitore della metà di ciò che era dovuto dal suo autore; la qual cosa potrebbe fare che il creditore fusse costretto a ricevere la metà d'un oggetto, e la metà di un altro; ma dovrebbero gli eredi concertarsi fra loro onde dare al creditore uno degli oggetti per intero.

4°. La quarta eccezione, che realmente è la seconda, avviene, quando nel titolo costitutivo dell'obbligazione fu detto, che quello erede la eseguirebbe solo per intero. Allora questi può esser costretto per lo intero dal creditore; salvo, come nei casi soprariferiti, la sua azione contro il coerede (§ ultimo).—Potrebbe intanto avvenire che fosse riconosciuto uno degli eredi, o per una clausola espressa, o secondo le circostanze, come il solo incaricato non solo di pagare il debito per intero, ma anche di sostenerlo a suo carico; ma ciò non potrebbe farsi che con un testamento. — La quale idea e le altre che vi si connettono sono state altrove spiegate.

5°. L'ultima eccezione più larga, e più comprensiva delle precedenti, avviene quando è riconosciuto essere stato intendimento dei contraenti non di fare indivisibile l'obbligazione (il che sarebbe l'applicazione dell'art. 1218 (1171) e produrrebbe il suo effetto, tanto fra gli eredi del creditore, che fra gli eredi del debitore) ma soltanto di togliere agli eredi del debitore la facoltà di liberarsi in parti. Il quale intendimento può risultare o da una clausola espressa dell'atto (clausola diversa dall'altra prevista nel caso precedente, essendochè in questa un solo degli eredi era specialmente indicato per fare il pagamento, e poteva esser solo costretto allo intero; in quella il dritto del creditore di agire per lo intero sarebbesi stipulato in generale, senza indicare questo o quello degli eredi, e potrebbe esercitarsi contro tutti), o dall'indole stessa del contratto (ad esempio, per il fitto consentitomi della vostra casa, o del vostro podere) o dall'indole dell'oggetto (« ciò si presume di leggieri, dice Pothier, quando la cosa può dividersi in parti intellettuali, ma non in parti reali»), ovvero dal fine propostosi nel contratto (per modo d'esempio, se ho tolto ad imprestito 1,000 scudi, dichiarando di volerne cavare il tale dalla prigione). Vedi Pothier (n. 315).

III. — 642. Ne' tre casi di eccezione (*tre* e non *cinque*, dovendosi togliere il primo ed il terzo) previsti dal nostro articolo, vien dichiarato dal Codice che ora uno degli eredi (nei due primi casi, 2 e 4) ed ora ciascuno di tutti gli eredi (nel terzo, 5) è tenuto di pagare l'intero, e può quindi *costringersi per l'intero* dal creditore. Gli è questo un mutamento agli antichi principi.

Dumoulin e Pothier, seguendo molto scrupolosamente la sottigliezza della legge romana, dicevano che questi casi porgevano la indivisibilità *solutione tantum* quanto al solo pagamento, e perchè l'erede non può pagare in parte; che l'obbligazione potendo dividersi e l'erede perseguito essendo in fondo debitore della sua parte, ne seguiva che non potesse costringersi per l'intero, non essendo valida la *domanda* di pagare l'intero che gli farebbe il creditore (Pothier, n. 316). Il Codice ha rigettato questa idea, ed essendo allora lo erede tenuto di pagare l'intero, è sembrata natural cosa che il creditore potesse costringerlo per l'intero.

Ma se uno degli eredi del debitore può allora costringersi per l'intero, non bisognerebbe perciò credere che uno degli eredi del creditore potesse anche agire per l'intero. Gli è così quando la obbligazione è indivisibile (art. 1224 (1177)), e il nostro articolo, come abbiam fatto osservare, non fa eccezione agli effetti ordinari della obbligazione divisibile che *rispetto agli eredi* DEL DEBITORE. Gli eredi del creditore non possono qui farsi pagare l'oggetto dovuto che ciascuno per la sua parte, nè potrebbero agire per l'intero che in comune. Insistiamo in questa idea perchè ne fa

scorgere la differenza tra la semplice indivisibilità *solutione* del nostro art. 1221 (1174) e la indivisibilità *obligatione* (1213 (1171)), che da Toullier (VI, 792) e da Duranton (XI, 256) fu creduto esser una sola e medesima cosa.

§ 2. — *Degli effetti della obbligazione indivisibile.*

1222 (1175) — Ciascuno di coloro che han contratto congiuntamente un debito indivisibile, è tenuto per l'intero, ancorchè la obbligazione non sia stata contratta solidalmente.

1223 (1176).—Ciascuno erede del creditore può esigere l'intera esecuzione della obbligazione indivisibile.

643. Essendo indivisibile il debito, o realmente ovvero per convenzione, *natura* (articolo 1217 (1170)) ovvero *obligatione* (articolo 1218 (1171)) ciascuno dei debitori deve certamente l'intero, come anche ciascuno dei creditori può pretendere l'intero giusta il primo paragrafo del seguente articolo, ma non perciò il debito è in solido.

1224 (1177).—Ciascun erede del creditore può esigere l'intera esecuzione della obbligazione indivisibile.

Non può egli solo rimettere il debito intero nè ricevere il prezzo invece della cosa.

Se un solo fra gli eredi abbia rimesso il debito, o ricevuto il prezzo della cosa, il coerede non può altrimenti dimandare la cosa indivisibile, che scontando la porzione di colui che rimise il debito, o ricevè il prezzo della cosa.

644. Se nell'obbligazione indivisibile ciascuno dei debitori (o dei debitori primitivi, ovvero dei rappresentanti di unico debitore) è tenuto alla intera cosa, o se ciascuno dei creditori può pretendere questa cosa intera, ciò non è, come nella obbligazione in solido, per una qualità inerente alla persona che sarebbe veramente creditrice o debitrice *in totum et totaliter*, ma soltanto per la qualità (reale o convenzionale) della cosa, la quale (per effetto dell'indole sua reale, o di quella data dal contratto) non è capace di parti.

Dal principio che ciascuno qui per l'indole delle cose è creditore o debitore *in totum* ma non personalmente *totaliter*, derivano parecchie importanti conseguenze.

Primieramente, quand'anche uno dei creditori solidali avesse il dritto di liberare pienamente il debitore rimettendogli il debito (Pothier, n. 263), questo dritto non era ammesso per uno dei creditori della cosa indivisibile (Pothier, n. 327); perchè egli non è personalmente padrone del credito, ed è unicamente per l' indole della cosa dovuta che egli può pretendere l'intero. Per medesimezza di ragione, uno dei creditori non ha facoltà di estinguere il debito mutandolo in un altro, e liberare il debitore ricevendo il prezzo invece della cosa dovuta. — Ma viceversa, siccome il debitore rispetto a più creditori è tenuto all'intero verso ciascuno di loro, non personalmente *et totaliter*, ma perchè la cosa non può dividersi in più parti, così ne sorge che la remissione fatta da uno dei creditori, o il ricevere il prezzo della cosa non sarà senza effetto, e il debito ne sarà scemato. Il debitore sarà sempre obbligato a rilasciare la cosa intera, non potendo altramenti consegnarsi; ma la rilascerà deducendo il valore della porzione di chi ha fatto la remissione o ha ricevuto il prezzo.

1225 (1178).—L'erede del debitore, convenuto per l'intero, può dimandare un

termine per chiamare in giudizio i suoi coeredi, purchè il debito non sia di tal natura che non possa essere soddisfatto se non dall'erede convenuto, il quale in tal caso può essere egli solo condannato; salvo il regresso per il suo ristoro contra i coeredi.

SOMMARIO

I. Dritti diversi, secondo i casi, del condebitore citato solo per l'intero.
II. Dei danni interessi dovuti nel caso di inadempimento. Errore di una decisione della Corte di Cassazione.
III. Della perdita della cosa indivisibile. Della interruzione e sospensione della prescrizione.

I. — 645. Ciascuno degli eredi del debitore, o ciascuno dei debitori primitivi, essendo debitore dell'oggetto divisibile per lo intero, può essere costretto solo per lo intero, nè potrebbe pretendere che il creditore chiami in causa i condebitori di lui; ma non dovendo egli il debito *totaliter*, ha il dritto di chiedere un termine acciocchè metta in causa i suoi coeredi (Pothier, numeri 330, 331).

Gli è così, quando il debito non è tale che possa essere soddisfatto solo dallo erede citato. Potendo esser soddisfatto da ciascuno separatamente (p. e. se il debitore defunto si sia obbligato di dare un passaggio ad alcuno sul podere di un terzo) è applicabile la nostra regola, e lo erede citato può chiamare in causa i suoi coeredi innanzi di rispondere al creditore. Gli è pur così e con più ragione, se il debito non può essere soddisfatto che da tutti insieme i coeredi (ad esempio, se il dritto di passaggio promesso sopra un immobile del defunto deve esercitarsi sopra l'immobile in ciascuna delle parti che appartengono oggi separatamente a ciascuno degli eredi). Ma se il debito sia tale da non potersi soddisfare che dallo erede citato (se il passaggio deve farsi solo nello immobile toccato per intero a lui), lo erede può allora esser condannato senza alcun termine, salvo il ristoro che gli dovrebbero i coeredi, ciascuno per la sua parte (tranne che egli non sia stato incaricato nella divisione di soddisfare quel debito).

II. — 646. Quando il condebitore citato ha messo in causa i suoi condebitori, e il debito per non essersi eseguito si converte in danni-interessi, essendo questi divisibili, e ciascun debitore essendo tenuto all'intero perchè la cosa non può dividersi, i danni-interessi si divideranno fra tutti i debitori per la loro parte rispettiva.

È questa una delle differenze fra l'obbligazione indivisibile e l'obbligazione in solido, avvegnachè in quest' ultima da ciascuno dei condebitori son per intero dovuti i danni-interessi nei quali l'oggetto primamente dovuto si trasmuta per l'inadempimento della obbligazione. Senza fallo, i condebitori non sarebbero tenuti ai danni-interessi che si *aggiungerebbero* alla prima obbligazione, non avendo dato mandato *ad augendam obligationem*; ma devono ciascuno per l'intero, quelli che rappresentano la cosa dovuta, essendovi fra loro un reciproco mandato *ad perpetuandam obligationem*. Per lo incontro nella obbligazione indivisibile, ciascun debitore è tenuto *in totum*, ma non con quella energia e con le medesime conseguenze; non vi è tenuto *totaliter*, ma in quanto l'oggetto non possa essere diviso, di modo che l'oggetto primamente dovuto e indivisibile, essendo sostituito da un altro diverso e che può dividersi, ciascun debitore è tenuto alla sola sua parte. Perciò Dumoulin diceva: *Longe aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuam* (p. 3, n. 112). La camera dei ricorsi ha gravemente errato, quando a fin di rigettare un ricorso fondato sopra una evidente violazione dell'articolo 1202 (1155) giudicò: « che un'obbligazione indivisibile per sua natura è sempre in solido, sebbene non siasi stipulata

la solidarietà » (1). Di *siffatta eresia*, come leggesi nel *Journal du Palais*, dobbiamo maravigliarci.

647. Quando il debitore citato, che ne ha facoltà, non chiama i suoi condebitori, può esser solo condannato e per lo intero ai danni interessi (essendovisi allora volontariamente e *proprio facto* sottoposto), salva la sua azione.

Quando il citato poteva adempiere da se solo, e non adempie, può anche rivolgersi contro i suoi condebitori (se nella divisione egli non si è incaricato di soddisfare interamente il debito) pei danni ed interessi a cui è stato condannato; ma la sua azione, anzichè contro ciascuno di quelli per la parte rispettiva della condanna, dovrà esercitarsi per la parte di ognuno nel danno che ha sofferto il debitore citato nello eseguire, non dovendo i debitori soffrire per il malvolere del loro coobbligato.

Finalmente, allorchè il debito è tale che debba soddisfarsi da tutti insieme gli obbligati, l'uno o parecchi che si neghino, debbono soltanto pagare i danni ed interessi; ma non debbono sottostare al capriccio di un coobbligato quegli altri che vogliono adempiere (Pothier, n. 334).

III.—648. Nessuno è tenuto a cose impossibili, e se l'obbligazione indivisibile non può essere eseguita, o perchè l'oggetto è perito, o per qualunque altra causa. la obbligazione è estinta (artic. 1302 (1256)); salvo il dritto del creditore ai danni-interessi se l'obbligazione non può più eseguirsi per colpa o fatto di uno, o di parecchi debitori. I danni-interessi allora son dovuti dall'autore della colpa o del fatto, e non già dai suoi coobbligati, non essendo qui i varî condebitori rappresentanti gli uni degli altri, come nell'obbligazione in solido.

L'oggetto dell'obbligazione indivisibile non essendo capace di parti, e nessuno quindi potendo esser creditore o debitore in parte, ne deriva che la interruzione o la sospensione della prescrizione del debito per uno dei creditori, o contro uno dei debitori, giova necessariamente per lo intero, o per tutti i creditori, o contro tutti i debitori (art. 2249, parag. 2 (2155); e art. 709, 710 (630, 631)).

SEZIONE VI.

DELLE OBBLIGAZIONI CON CLAUSOLA PENALE.

1226 (1179). — La clausola penale è quella colla quale una persona, per assicurare l'adempimento d'una convenzione, si obbliga a qualche cosa nel caso d'inadempimento.

649. Dicesi *clausola penale* la convenzione accessoria con cui anticipatamente si stabiliscono i danni-interessi che dovrà pagare il debitore, o perchè non adempia affatto la principale obbligazione, o perchè semplicemente ne differisca lo adempimento; dicesi *penale*, perchè i danni-interessi sono la pena imposta per il mancato o per il tardo adempimento (art. 1229 (2182)). Dovevan dunque aggiungersi alle parole del nostro articolo « in caso di inadempimento » queste altre « o del ritardo nello adempimento ».

1227 (1180). — La nullità della obbligazione principale produce la nullità della clausola penale.

650. *Accessorium sequitur principale.* Essendo nulla la convenzione principale, lo è similmente quella accessoria; non dovendo eseguirsi la convenzione principale,

(1) Sir., 25, 1, 225. — *J. du Pal.*, 19, p. 32 (Devill., 8, 1, 2).

non son dovuti danni-interessi per non essersi eseguita, ovvero perchè tardamente eseguita. Quando Pietro ha promesso di consumar quel delitto soggettandosi a pagare 500 fr. ove nol commettesse, comprendesi benissimo che la seconda convenzione è nulla non meno della prima; Pietro non può obbligarsi a pagare i 500 fr. se non avrà fatto ciò da cui doveva astenersi.

Ma non è men certo che la nullità della convenzione accessoria non potrebbe far venir meno la principale, se questa fosse valida. Essendovi obbligato a fabbricarmi una casa dentro un anno, con la promessa di non far uso dei dritti elettorali nelle prossime elezioni; se non adempite il vostro impegno, la nullità di questa accessoria promessa non potrebbe guastare la principale.

Abbiamo fatto comprendere sotto l'art. 1121 (1075) non essere applicabile la prima regola del nostro articolo al caso in cui la principale obbligazione fosse nulla, perchè manca lo interesse che si è voluto appunto determinare con la clausola penale. Obbligandomi con voi a pagare a Paolo una rendita vitalizia di 500 franchi, con la promessa di pagarvene 6,000 se non attengo la mia obbligazione, in questo caso la obbligazione principale rendesi valida per la clausola penale senza di cui sarebbe nulla. Il nostro articolo, come abbiam detto, intende solo parlare della convenzione principale che rimane nulla tanto prima, che dopo aggiunta la clausola accessoria.

1228 (1181). — Il creditore può agire per l'adempimento della obbligazione principale, invece di domandare la pena stipulata contra il debitore che è in mora.

651. È regola generale che il creditore il quale ottiene una promessa secondaria, per il caso in cui non si adempia la principale, può sempre pretendere che si adempia la prima convenzione. Ma non si applicherebbe il nostro articolo, se i contraenti avessero voluto fare una novazione condizionale; cioè convenire che la prima obbligazione, se in un dato tempo non si adempisse, resterebbe estinta e sustituita dall'altra. In questo caso il creditore non potrebbe certamente altro pretendere se non che il debitore, il quale non ha adempito la prima convenzione, adempia quella accessoria.

1229 (1182). — La clausola penale è la compensazione dei danni e degl' interessi che il creditore soffre per l'inadempimento della obbligazione principale.

Non può dimandare nel tempo medesimo la cosa principale e la pena, quando questa non sia stata stipulata per la semplice mora.*

652. Quando non si è positivamente detto, se la pena vien stipulata perchè non si adempia affatto la principale obbligazione, ovvero perchè se ne ritardi solo lo adempimento, essendo questa una quistione d'intenzione, sarà decisa secondo le circostanze e quasi sempre dal confronto del valore della pena col valore dell' oggetto principale.

Alle volte anche il valore dell' oggetto promesso a titolo di pena, basterà per far comprendere qual sia stato nello intendimento delle parti l' oggetto principale. Fatta una transazione per beni di un valore di 200,000 fr., se noi conveniamo che chi non eseguisse e intentasse una lite, pagherebbe una somma di 1,200 fr., tal pena non è certamente stipulata per

* Stipulatasi una penale pel caso che il creditore debba prender fondi e non contanti, se costui non risente danno per lo pregio dei fondi spettatigli, la penale resta senza causa e quindi inefficace, Corte suprema di Napoli, 16 nov. 1850.

far vece dei beni, che per la lite si potevano perdere; ma per impedire che sia turbata la tranquillità, e quindi guadagnata anche la causa, voi mi dovete i 20,000 franchi, perchè avete proposto contro di me l'azione.

1230 (1183).—O che l'obbligazione principale contenga un termine il quale si debba eseguire, o che nol contenga, non si incorre nella pena, se non quando colui che è obbligato a dare, a ricevere o a fare, sia in mora.*

653. La clausola penale non altro fa che stabilire anticipatamente i danni-interessi; deesi dunque applicare ciò che fu detto nella sezione IV per la messa in mora per la quale sono dovuti i danni-interessi.

1231 (1184).—La pena può modificarsi dal giudice, quando l'obbligazione principale è stata in parte adempiuta.

654. Se l'obbligazione principale si è in parte adempita, il giudice deve in fatto considerare, dove la cosa non sia ben chiara, se le parti abbian voluto che la pena si debba per intero perchè non si è adempita pienamente la convenzione, ovvero se debba pagarsi in parte e in proporzione di quel che manca per essere pienamente eseguita. Se mi avete promesso una somma per il caso in cui non fosse fabbricata in quel tempo la casa che dovete farmi, voi mi dovrete la intera somma se scorso il tempo una metà, o due terzi della fabbrica fossero finiti, avvegnachè io non possa servirmi di una casa non finita. Se al contrario voi dovete coltivare un tratto di terra per me, la è cosa ben naturale che voi siate condannato a pagare la metà della somma promessa se nel tempo stabilito avete coltivato la metà del tratto di terra.

1232 (1185).—Allorchè l'obbligazione principale contratta con clausola penale ha per oggetto una cosa indivisibile, s'incorre nella pena per la contravvenzione di un solo degli eredi del debitore e può dimandarsi, o per l'intero contra il contravventore, o contra ciascun coerede per la rispettiva quota e porzione, ed anche ipotecariamente per lo tutto; salvo il regresso contra colui pel cui fatto si è incorso nella pena.

655. In questo articolo si suppone che la clausola penale abbia per oggetto una somma determinata, il che avviene quasi sempre. Posta questa idea, si comprende di leggieri che la clausola penale dovuta da tutti i coobbligati ad un medesimo debito, dividesi ugualmente fra loro. Ma dove un solo di essi contravvenga, p. e. se abbia distrutto per colpa o fatto suo l'oggetto della obbligazione, come la pena può esser dovuta da tutti, anche in un debito indivisibile? Non si contraddice con ciò quel che fu detto sotto l'artic. 1225 (1178), n. II pei danni-interessi? Questa regola tratta, come le altre tutte, da Pothier (n. 355) il quale l'ebbe tolta da Dumoulin, veniva da un principio analogo a quello dell'art. 1207 (1160) cioè, che i danni-interessi stipulati anticipatamente costituiscono realmente una obbligazione speciale contratta con la condizione che la principale non fosse eseguita; per modo che si domanderebbe dai diversi condebitori lo adempimento di una obbligazione contratta *ab origine* da

* La penale convenuta a favore della parte diligente, non istipulandosi un contratto di mutuo in giorno stabilito improrogabilmente, non ha luogo se l'una parte in detto di avvisi l'altra per istipularsi in altro giorno. Corte suprema di Napoli, 23 luglio 1850.

tutti.—Era cosa naturale che si accordasse al creditore il dritto di agire per l'intero contro quello dei debitori che avrebbe contravvenuto, essendochè egli debba sostenere da solo lo ammontare della pena, e dovrebbe ristorare i suoi condebitori delle parti che avrebbero potuto pagare.

656. Ben si comprende che la regola del nostro articolo si applica, tanto se vi sieno più condebitori originari del debito indivisibile, quanto se più eredi di unico debitore.

1233 (1186). — Quando l'obbligazione principale, contratta sotto una pena, è divisibile, non incorre nella pena se non quello erede del debitore, che contravviene, e per la parte sola cui era tenuto: nè vi è azione contra coloro che l'hanno eseguita.

Questa regola ammette eccezione, allorchè essendo stata apposta la clausola penale ad oggetto che non si possa dividere il pagamento, un coerede abbia impedito che l'obbligazione venisse nel tutto adempita: in tal caso può esigersi da esso la pena intera, e dagli altri eredi la sola porzione, salvo a questi il regresso.

657. Il primo paragrafo è ben semplice. Quando l'oggetto dovuto, perfettamente divisibile, può esser dato in parte, e di vari debitori tenuti a pagare ciascuno la propria porzione, l'uno esegue, e l'altro no, è naturale che i danni sieno dovuti in proporzione della parte non eseguita della obbligazione; quindi soltanto da chi contravviene e per la sua porzione.

Ma se rimanendo divisibile la obbligazione perchè il suo oggetto può dividersi, evvi indivisibilità *quoad solutionem*, cioè espressa o tacita convenzione che l'oggetto non possa in parte esser soddisfatto (ossia che la indivisibilità *solutionis* derivi per lo appunto dalla clausola penale come suppone il nostro articolo, ossia che risulti da una delle cause cennate dallo art. 1221 (1174)), in questo caso non potendo il pagamento farsi in parte, e qualunque inadempimento essendo di necessità un completo inadempimento, doveva applicarsi a tale indivisibilità del pagamento la pena stabilita dal precedente articolo per la indivisibilità della stessa obbligazione. Ciò ha fatto il nostro secondo paragrafo.

Se essendo la obbligazione pienamente divisibile, anche *quoad solutionem*, uno dei debitori vi ha contravvenuto per l'intero (caso non previsto dal nostro primo paragrafo, il quale suppone soltanto una contravvenzione in parte) qual regola dovrà mai applicarsi?

658. Pothier (n. 361) che pone e tratta la questione come Dumoulin, vuole doversi allora seguire la regola stabilita per il caso di indivisibilità. Ma si noti che egli decide la questione sopra un esempio di un fitto che nel n. 315 presentava con ragione come un caso di indivisibilità *solutione*; il quale esempio, purto come ipotesi di una obbligazione divisibile anche *solutione*, è appunto quello di una obbligazione *indivisibile* sotto questo rapporto. Se dunque il debito fosse veramente divisibile, anche *quoad solutionem*, si dovrebbe altramente decidere.

Pietro ha promesso a Paolo dieci botti di vino del suo magazzino obbligandosi a pagargli 6,000 franchi nel caso che non adempia; seguita la sua morte, uno dei suoi due eredi versa o vende o dà ad un terzo tutto il suo vino. Sembra che Paolo nulla potrà domandare al secondo erede il quale vien liberato perchè il vino si è perduto o posto fuori commercio rispetto a lui (articolo 1301 (1255)), potendo solo agire contro l'altro per domandargli prima i 3,000 franchi per la sua metà nella clausola penale, e poi gli altri 3,000 franchi a titolo di danni-interessi ordinari in forza dell'articolo 1388 (1342).

659. Pothier un po' più in là (n. 364) scioglie un'altra questione in modo più soddisfacente e che può adottarsi sotto il Codice. Egli insegna che anche nella obbli-

gazione indivisibile, se si sia contravvenuto contro uno dei *creditori* (o uno degli eredi di unico creditore) la pena, non ostante che il principale sia indivisibile, sarebbe dovuta da colui verso cui si contravviene e per la sua parte. Egli in sostanza dice che « quando voi vi siete obbligato a lasciarmi passare nel vostro parco, pena per voi il pagamento di 12 lire, e dopo la mia morte voi date il passaggio a tre dei miei eredi negandolo al quarto, la pena sarà dovuta a quest'ultimo, e per il suo quarto, avvegnachè ei solo soffra per la vostra contravvenzione. Ciò fu già detto dal giureconsulto Paolo (L. 2, in fine, *de verborum obligatione*); e Ulpiano altramente decideva (L. 3, § 1) secondo una sottigliezza che non potrebbe adottarsi nel nostro dritto francese ».

CAPITOLO QUINTO

DELLA ESTINZIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

1234 (1187). — Le obbligazioni si estinguono:

col pagamento;
colla novazione;
colla remissione volontaria;
colla compensazione;
colla confusione;
colla perdita della cosa;
colla nullità o colla rescissione;
per effetto della condizione risolutiva spiegata nel precedente articolo;
e colla prescrizione che sarà il soggetto di un titolo particolare.

SOMMARIO

I. Maniere generali di estinguere le obbligazioni. — Ne possiamo contare dieci.

II. Censura ed osservazioni sulla dottrina di Toullier e di Duranton.

I. — 660. Il Codice ci nota qui nove cause per le quali si estinguono le obbligazioni, delle quali le prime sette occuperanno altrettante sezioni che compongono il nostro capitolo V; la ottava che è la condizione risolutiva è stata spiegata nel capitolo precedente (art. 1138, 1188 (1092, 1141)); la nona ed ultima che è la prescrizione, forma, come si sà, l'argomento dell'ultimo titolo del Codice (art. 2219 e seg. (2125 e seg.)).

661. Le nove maniere di estinzione indicate dal testo sono:

1° *Il pagamento*: si noti che questa parola, non significa qui, come di ordinario, il pagamento soltanto di una determinata somma, ma invece la *solutio obligationis*, lo scioglimento del *vinculum*, compiendo ciò a cui si era tenuto; in altri termini lo adempimento della obbligazione.

Così secondo che la mia obbligazione riguardi o una determinata somma, ovvero un cavallo, o una casa da fabbricare, o veramente un viaggio da fare; la consegna del denaro, la tradizione del cavallo, la costruzione della casa o il fare il viaggio sarebbero il *pagamento* della mia obbligazione. E che i compilatori abbiano usata la parola *pagamento* nel senso lato, e non nel senso più stretto di consegna di una somma, vien provato dall'art. 1237 (1190) che fra i casi di pagamento pone il soddisfare una obbligazione di fare.

2°. La *novazione*, cioè il sostituire una obbligazione con una novella; avendo noi convenuto che voi mi darete una determinata somma invece del cavallo da voi dovutomi; l'obbligazione di rilasciare il cavallo si estingue, e sorge invece l'altra di pagare la somma stabilita.

3°. *La remissione del debito*; si potrebbe dire in rigore esservi remissione di

debito sempre che il creditore liberi il debitore dallo adempimento della obbligazione, cotalchè la novazione sarebbe pure una remissione del debito, perchè è stata rimessa l'obbligazione di rilasciare il cavallo mercè la novella obbligazione di pagare una somma. Ma la *remissione del debito* intendesi solo del debito in cui il creditore libera il debitore, senza che costui paghi o si soggetti ad altre obbligazioni. Potremmo dunque distinguere la *remissione per novazione* e la remissione semplice, ma ciò non si è fatto, e generalmente solo quest' ultima chiamasi *remissione del debito*. Del resto, questa remissione propriamente detta può essere o a titolo gratuito o a titolo oneroso. Io posso liberarvi del vostro debito di 500 franchi non ottenendo equivalente da voi, ma per farvene un regalo; se invece conveniamo di sdebitarci reciprocamente della obbligazione, voi di fabbricarmi una casa ed io di pagarvi 30,000 fr., questa convenzione offre due remissioni di debito, che sono entrambe a titolo oneroso.

4° La *compensazione*, cioè lo estinguersi due obbligazioni l'una coll'altra, perchè il creditore dell'una è debitore dell'altra, e viceversa.

5° *La confusione*, cioè la riunione in una stessa persona delle due qualità di creditore e di debitore d' una stessa obbligazione.

6. *La perdita della cosa*. Nessuno è tenuto all'impossibile, e quindi se l'oggetto determinato che io doveva procurarvi vien meno, io non posso essere più obbligato a consegnarvelo. E riesce impossibile lo adempimento non solo se la cosa che io debba consegnarvi venga meno, ma altresì se durante quel mese, in cui debbo fare per voi un viaggio io resti ammalato a letto. Era dunque necessario dir qui, che la obbligazione si estingue non solo *per la perdita della cosa*, ma più generalmente per *qualunque avvenimento che renda impossibile la* esecuzione. Ci sorprende che nè Toullier nè Duranton abbiano fatta tale osservazione.

7°. *La nullità* o *la rescissione*. Qui dobbiam fare due importanti osservazioni. La prima è che il Codice non intende qui parlare della nullità in sè stessa, ma solo della nullità profferita dai magistrati, della sentenza che dichiara la nullità. La seconda è non trattarsi della nullità propriamente detta, della sentenza che riconosce esser radicalmente nulla la obbligazione, e non essere mai legalmente esistita, ma della semplice rescissione o annullamento, cioè della sentenza che sciolga la obbligazione, perchè vi scorge un vizio per cui si può annullare. Infatti, se l'obbligazione sia non esistente, non potrà trattarsi di estinguerla dappoichè onde una cosa si estingua nè sia più, è necessario che abbia esistito: il nulla non può annullarsi. Si tratta dunque unicamente della sentenza che dichiara nulla una obbligazione, la quale benchè viziosa pure esisteva, e sarebbe esistita e divenuta anche valida se non si fosse impugnata nel termine e con le condizioni volute dalla legge (vedi art. 1304 (1258)) e seguenti. Da ciò che si è detto si scorge che l'autore delle pandette francesi è incorso in grave errore ritenendo che il nostro articolo presenti come causa di estinzione la nullità radicale: « La nullità, egli dice, non è una maniera di estinzione. Non esiste la convenzione nulla ; e ciò che non esiste non può estinguersi. La sentenza medesima non estingue la obbligazione, ma la dichiara nulla, cioè non esistente (n. 184) ». Come Delaporte non ha veduto che il Codice qui come quasi dappertutto, intende per *nullità* il semplice *annullamento*; che la sezione VII del nostro capitolo intorno alle *azioni di nullità o di rescissione delle convenzioni* si occupi soltanto delle convenzioni che possono annullarsi, e non già di quelle assolutamente nulle non esistenti come quelle di un demente ? Così nel titolo del matrimonio il capitolo IV *delle domande di nullità* si occupa soltanto dei matrimoni che possono annullarsi, e non di quelli che fossero dalla radice nulli e non avessero una legale esistenza.

8°. *L'effetto della condizione risolutiva*. Si tratta soltanto della condizione risolu-

tiva che si compie prima di eseguirsi le obbligazioni; avvegnachè quella che si recherebbe in effetto quando le obbligazioni fossero già eseguite, non potrebbe estinguere le obbligazioni che più non esistono, e che sono dianzi estinte col pagamento. La condizione risolutiva allora potrebbe far nascere le obbligazioni anzichè estinguerle: potrebbe far nascere lo obbligazioni contrarie e reciproche a quelle già eseguite. Così, per esempio, avendo noi convenuto che io vi darò la mia biblioteca entro sei mesi, per il prezzo di 10,000 franchi, ma che il contratto sarà come non avvenuto se per avventura ritornasse mio fratello sul di cui ritorno non facevamo più assegnamento; in tal caso il ritorno di mio fratello estinguerà le due obbligazioni, se avverrà prima dei sei mesi, ma se più tardi, posciachè vi ho dato la biblioteca ed ho ricevuto i 10,000 franchi, non potrà estinguere le obbligazioni che più non esistano, ma al contrario renderà me obbligato a riconsegnarvi i vostri 10,000 franchi, e voi a restituirmi la biblioteca.

9°. *La prescrizione*. La prescrizione che, come precedentemente vedemmo (articolo 712 (633)), è una maniera di acquistare la proprietà o i suoi smembramenti, è pure una delle maniere di estinguere le obbligazioni; cosicchè si distingue la prescrizione per acquistare ovvero usucapione (*usu capere*, acquistare coll'uso, col possesso) e la prescrizione a fin di liberarsi (artic. 2219 (2125)). Ma questo nono modo di estinzione non meno che il settimo (la nullità della obbligazione) non ha mai effetto di pieno dritto: la prescrizione non produce il suo effetto, non estingue l'obbligazione se non quando è formalmente allegata dal debitore.

Gli scrittori ebbero il torto di non fare questa osservazione (1), e il loro silenzio, per cui sembra che avessero la prescrizione come estintiva del debito di pieno dritto per il solo fatto di esser venuto il termine posto, fece censurare da Zachariae il nostro articolo: « La prescrizione, egli dice, non estingue nemmeno l'obbligazione; l'articolo 1234 (1187) pone a torto la prescrizione fra le maniere di estinguere le obbligazioni: l'obbligazione prescritta non è meno sussistente finchè la prescrizione non sia stata opposta: (II, pagina 360 e nota) ».

Gli è certo infatti che l'obbligazione sussiste, non ostante che si compia la prescrizione, avvegnachè se il debitore paga benchè il debito sia prescritto, egli non potrebbe certamente domandar poi ciò che avrebbe pagato; dunque egli lo doveva poichè si può sempre ripetere ciò che si paga, e non è dovuto (art. 1235 (1188). È quindi esatta la osservazione di Zachariae. Ma non basta che qui si spieghi il testo: bisogna tassare di errore unicamente i suoi interpreti i quali non seppero indicare che lì si parlasse della prescrizione non compiuta soltanto, ma anche opposta dal debitore.

662. Alle nove maniere di estinguere le obbligazioni indicate dal nostro articolo devesi aggiungere lo spirare del termine per cui la obbligazione è stata imposta.

Oltre queste dieci maniere generali, ve ne sono moltissime altre speciali a questa o a quella specie di obbligazione. L'obbligazione che ha un tutore di aver cura della persona e di amministrare i beni del suo pupillo, cessa non solo per la morte dell'uno e dell'altro, ma anche per la maggiore età, o emancipazione di quello, per la destituzione, la scusa di questo; la mia obbligazione di eseguire il mandato di cui sono incaricato, cesserà non solo per la mia e per la vostra morte, ma anche per la mia rinunzia, o perchè voi mi revocherete il mandato, ec.; ma queste sono cause *speciali* di estinzione e di cui non dovea quindi occuparsi la legge nei principî *generali* delle obbligazioni, riserbandole pei titoli particolari a ciascuna materia.

II.—663. I modi generali di estinguere sono quelli soli indicati; sebbene con molta inesattezza si aggiunga da Toullier

(1) Toullier (VII 3); Delvincourt (I. II); Demante (*Prog.*, II-687).

(VII, nn. 2, 8), *il giuramento deferito al debitore*, e da Duranton (XII, 3) *l'autorità della cosa giudicata*.

In dritto il giuramento deferito al debitore e da lui prestato, anzichè *estinguere* il debito, *dimostra* o che esso non sia mai esistito, o che più non esista. In vero il giuramento che un preteso creditore senza alcuna prova deferisce al suo supposto debitore, non si offre mai ad un avversario riconosciuto debitore (se fosse tale, sarebbe immediatamente condannato), ma a chi nega il debito e affinchè si conosca se sia vero che il debito non esista: l'attore dichiara di accettare come vero il giuramento del convenuto, e costui giura di nulla dovere; egli è dunque legalmente riconosciuto che il preteso debito non esiste. Senza fallo può avvenire, e non di rado, che sia falso il giuramento del convenuto e che in fatti esista il debito; ma *in dritto* e *legalmente*, debito non ve n'è, e l' obbligazione si riconosce di non esistere; come può dunque dirsi che così si *estingua legalmente* la obbligazione? Come estinguere legalmente ciò che non esiste? È così della sentenza. Quando un tribunale giudicando fra due parti di cui l'una pretende essere creditrice, e l'altra non essere debitrice, dichiara *non esistere il debito*, non si può certamente dire che si estingua il debito.

Senza dubbio *in fatto* i giudici han potuto ingannarsi, ma *in dritto* non è così; qualunque sentenza passata in cosa giudicata è una proposizione che viene da una autorità legalmente infallibile, *res judicata veritas est*.

664. Ben si comprende che molti estranei alle teorie del dritto, e che altro non vedono che i fatti, abbiano creduto essere quelli due modi di estinguere le obbligazioni; ma gli è strano non men che funesto che giureconsulti maestri della scienza possano disconoscere fino a tal segno i più elementari principî, le idee più fondamentali. Immoriamo qui (non per altro che per esercitare i giovani a giudicare da sè stessi, e a non prestar fede alla parola del maestro) sul ragionamento che fa Duranton per sostenere la sua dottrina che serve anche implicitamente a quella di Toullier.

Egli così ragiona: « in fondo vi era un debito, ma per effetto del giudicato non ve n'è più, dunque il debito è estinto... » Non diremo che qui si confonda il fatto e il dritto: ma prendendo il ragionamento tal quale, domandiamo: « parlate voi del fatto? e allora il debito esisteva prima della sentenza, ed è vera la vostra prima proposizione; ma esiste anche il debito (*in fatto*) dopo la sentenza (perchè la sentenza del giudice, per quanto io sappia, non può mutare il vero delle cose) quindi è falsa la vostra seconda proposizione, e la vostra illazione. Parlate voi *in dritto?* e allora è vera la vostra seconda proposizione, che dopo la sentenza non vi è debito, ma non ve n'è nemmeno *(in dritto)* prima della sentenza (perchè questa dichiara soltanto, rafferma, e non crea), è quindi falsa la vostra prima proposizione, e non vale la vostra illazione.

Gli è pertanto manifesto che una obbligazione non si estingue nè col giuramento prestato dal debitore, nè con l'autorità della cosa giudicata. Ed è bene in vero; come potrebbe assolversi un Codice che alzerebbe in principio legale l'idea, che un tribunale possa a suo talento distruggere i diritti del creditore, e il debitore liberarsi sempre con lo spergiuro? La dottrina di Toullier e di Duranton non viola soltanto i principî del dritto e le regole della logica, ma oltraggia, senza che essi l'abbiano voluto, la moralità del legislatore.

SEZIONE PRIMA

DEL PAGAMENTO

665. Il Codice tratta qui mano mano in quattro distinti paragrafi: 1° del pagamento in se stesso; 2° del pagamento con surrogazione, cioè fatto per liberare il de-

bitore da chi è sostituito nei dritti del creditore; 3° dell'imputazione dei pagamenti, ossia del modo di applicare il pagamento quando possa applicarsi a più debiti, non bastando ad estinguerli tutti: 4° delle offerte e del deposito che sono per il debitore l'equivalente del pagamento ordinario, allorquando il creditore si nega di ricevere il pagamento.

Seguiremo l'ordine del Codice, volendo solo sconvolgerlo quando sia necessario; ma ci sembra non potersi seguire per il quinto paragrafo della nostra sezione che tratta della *cessione dei beni*, che noi spiegheremo in altro luogo fuori la materia delle obbligazioni. La cessione dei beni non si riferisce affatto alle regole del pagamento, non essendo altro che un mezzo offerto al debitore insolvente, non già per liberarsi abbandonando tutti i suoi beni, ma per sottrarsi alla prigionia: dunque la cessione dei beni deve collocarsi nella materia *dello arresto di persona*. Pothier non avea trattato del beneficio della cessione nella materia del pagamento; e fa meraviglia che Duranton (XII, n. 8) trovi naturale questa divisione dei cinque paragrafi del Codice.

§ 1. — *Del pagamento in generale.*

666. Il Codice, indicate nel primo articolo del paragrafo alcune idee preliminari intorno al pagamento, segue poi l'ordine di Pothier, e vien successivamente trattando:

2° Da chi il pagamento debba farsi (articolo 1236, 1238 (1189, 1191)).

3° A chi debba esser fatto (art. 1239, 1242 (1192, 1195)).

4° Come e in quale stato debba pagarsi la cosa (art. 1243, 1246 (1196, 1199)).

5° Infine dove e a spese di cui debba farsi il pagamento (art. 1247, 1248 (1200, 1201)).

1. Nozioni preliminari intorno al pagamento.

1235 (1188). — Ogni pagamento suppone un debito. Ciò che fu pagato senza esser dovuto, è soggetto a ripetizione.

La ripetizione non si ammette riguardo alle obbligazioni naturali che si sieno volontariamente adempiute.

SOMMARIO

I. Ripetizione dell'indebito — Rimando — Osservazione.
II. Obbligazione naturale, quid? *Errore degli scrittori. Rimando.*
III. Diviene similmente efficace per lo adempimento che si è fatto conosciuta la causa.

I. — 667. Dicesi pagamento lo adempimento d'una obbligazione, il liberarsi che fa il debitore adempiendo ciò a cui era tenuto. Quindi il pagamento suppone un debito, e se questo non esiste, non può darsi quello.

Posto ciò non dee prendersi alla lettera la seconda proposizione del nostro articolo, che possa ripetersi ciò che fu pagato senza esser dovuto, avvegnachè non può pagarsi ciò che non si deve. Ma se non può pagarsi, può ben darsi per errore o altrimenti *a titolo di pagamento*; se io mi tengo, ma non sono vostro debitore di 1,000 fr., ovvero se a torto mi reputo erede di colui che dovea fabbricarvi un muro; pagandovi 1,000 fr. o fabbricandovi il muro, io credo fare un pagamento, sebbene in fondo non sia. L'articolo dunque vuol dire che tutto ciò che si è procurato a titolo di pagamento senza essere realmente dovuto, può ridomandarsi.

Più in là sotto gli articoli 1376-1381 (1330-1335), saranno sviluppate le regole intorno *al ripetere ciò che è indovuto*; ma noi da ora immoriamo nella

idea, che per ripetersi un pagamento come indebito è mestieri: 1° che l'oggetto siesi procurato a titolo di pagamento; 2° che non sia dovuto nè civilmente nè naturalmente.

668. Bisogna primieramente, che l'oggetto sia stato dato a titolo di pagamento; perchè se si prova che colui che vuole oggi ridomandare, abbia fatto una liberalità, non si potrebbe più parlare di ripetere *lo indebito*, nè si potrebbe riprendere la cosa perchè non dovuta, non essendosi come tale data. Senza dubbio direbbe chi ha ricevuto la cosa: essa non mi era dovuta, ma io non pretendo conservarla come a me dovuta, bensì come a me donata; non già come creditore pagato, ma come donatario. Diciamo che non si potrebbe ripetere *lo indebito*, ma non già che non vi sarebbe luogo *a ripetere*. Ciò dipenderebbe dalla validità o nullità della donazione: se, per esempio, fosse stato dato così un immobile, sarebbe nulla la donazione, e quello potrebbe riprendersi; ma se si fosse dato un oggetto mobile, potrebbe la donazione essere valida. (*Vedi la nostra teoria dei doni manuali*, articolo 931 (855), n. III).

II. — 669. Ma che s'intende per obbligazione naturale? È questa una questione delicata, intorno alla quale la dottrina degli scrittori è poco esatta, ed ha generato non pochi errori, come vedremo in questo medesimo numero, ed anche nel n. III. dell'art. 1272 (1226).

L'obbligazione semplicemente naturale è certamente quella che esiste secondo la equità, ma che non è riconosciuta secondo la legge civile, che è valida in coscienza, e nulla in dritto. Ma tal definizione, per quanto chiara ed esatta, non ben soddisfa sotto il Codice civile, anzi a primo aspetto sembra non intelligibile.

Infatti, essendochè il nostro dritto francese, difformemente dal romano, segue sempre le regole della ragione, e vuole che ogni convenzione sia obbligatoria, quando è seria e lecita, non sappiamo vedere, come possa esistere in equità una obbligazione, e non in dritto; come si può riconoscere dalla legge, che un' obbligazione sia giusta e convenevole, e poi negarle ogni efficacia? È necessario pertanto, affinchè si comprenda che cosa sia da noi la obbligazione naturale, una definizione che sia più intima, e tale da far conoscere le circostanze eccezionali, nelle quali può presentarsi. La obbligazione naturale è quella, cui il legislatore, negata prima la efficacia ordinaria, perchè trovasi sotto una generale presunzione d'inesistenza, o d'invalidità, perviene a sanzionare appresso, quando una esecuzione libera, una novazione volontaria, o qualche altro atto, d'onde risulti la confessione del valore reale del debito, prova che la presunzione stabilita non era applicabile a quel tal caso speciale.

La legge permette che si annullino le obbligazioni contratte da un incapace per la generale presunzione che egli si sia obbligato senza conoscere appieno ciò che si faccia; non essendo giusto che si tenga nella condizione in cui siasi posto per la sua inesperienza. Ma se lo incapace, anche dopo aver fatto annullare il suo impegno, adempia liberamente la sua obbligazione, o per mezzo dei suoi rappresentanti che agiscono regolarmente, o per sè stesso divenuto già capace, la legge ne inferisce, come è di ragione, che la sua presunzione d'inesperienza e di lesione non valeva in quel caso, e che l' obbligazione era ben valida; e se l'obbligato volesse appresso rivenire dallo adempimento consumato con cui egli ha confessato la sincerità e la giustizia del suo debito, sarebbe respinto. Similmente la legge, dopo corsa la prescrizione, permette che il debitore si liberi delle sue obbligazioni, perchè il volgere di sì lungo tempo, senza che il creditore abbia reclamato, fa credere, o che il debito non sia reale, ovvero sia soddisfatto, o che il creditore conosca il fondamento iniquo del suo titolo, o vi sia qualche altro legittimo motivo per non fare eseguire la obbligazione. Ma se il debitore, compita la prescrizione, adempie volentieri la sua obbligazione, perchè ha riconosciuto il suo errore, o si è pentito della sua mala fede,

la legge ben vede come non sia applicabile la sua presunzione, e non vuole quindi che si possa ripetere ciò che si è pagato. Così ancora il Codice stabilisce come generale presunzione, che sia sragionevole, senza fondamento e da non essere protetto qualunque debito di giuoco e di scommessa; ma se colui che è perdente attiene liberamente la sua promessa, prova con ciò esser quella moderata, conveniente, e in proporzione del suo patrimonio; la legge per la confessione che sorge dal pagamento fatto, negherà che si ripeta ciò che si è pagato (art. **1965**, **1967** (**1837**, **1839**)).

670. La obbligazione naturale sotto il Codice civile (a differenza del dritto romano che ne faceva una classe molto più larga) è dunque quella che il legislatore sanziona dopo la esecuzione volontaria, o altro atto equivalente, essendo così provato non potersi applicare quella presunzione in forza di cui quella obbligazione avrebbe dovuto rimanere inefficace.

Ma non bisogna si mettano nel novero delle obbligazioni naturali, come spesso si è fatto, quelle che son nulle perchè la legge le condanna come contrarie all'ordine pubblico. Non può in fatto ammettersi che la legge, la quale proibisce una convenzione come contraria al buon ordine, e all'interesse generale, voglia poi proteggere lo adempimento. Così si metterebbe il legislatore in evidente contraddizione con sè stesso. La giurisprudenza lo ha infine compreso, e moltissime decisioni han sanzionato tal principio in occasione di trattati segreti per trasmissione di uffici (1).

III. — **671.** Dalla data spiegazione ben si scorge che il Codice sanziona l'obbligazione naturale, non solo *dopo l'esecuzione* (o altro atto equivalente), ma altresì *per ragion della esecuzione*, e perchè un debitore, il quale paga o altrimenti riconosce la sua obbligazione, ben sapendo non potervi essere astretto, confessa con energia la esistenza e il valore del debito. Per ciò il nostro articolo, onde negare il dritto di ripetere, vuole che il debitore abbia pagato *volontariamente*, cioè con conoscenza di causa, ben sapendo essere il suo debito puramente naturale e non potersi pretendere. Se fosse altrimenti, se il debitore avesse pagato per errore, tenendosi legalmente astretto, il pagamento di lui che allora deriverebbe o potrebbe derivare dal timore delle azioni e dei costringimenti legali, non proverebbe ch'egli fosse intimamente convinto, nè vi sarebbe la confusione di cui discorrevamo.

Alcuni giureconsulti han combattuto questa dottrina, pretendendo che la parola *volontariamente* non significasse *con conoscenza della qualità puramente naturale del debito*, ma solo *con piena libertà*, *senza costringimento*, *senza violenza*. Infatti, si dice, se fosse necessario perchè non si possa ripetere la cosa pagata, il conoscere che sia inefficace il debito, chi non vi sia errore in colui che paga, non varrebbe a nulla che il debito naturale esistesse, avvegnachè non essendovi affatto debito, la cosa pagata senza errore, e da chi ignorasse non doverla, non potrebbe nemmeno ripetersi.

Tre errori in uno; — 1° si suppone dapprima come principio, che la cosa non dovuta e pagata senza errore, non può mai ripetersi perchè chi l'ha rilasciata così si stima legalmente che abbia voluto donarla. Idea falsa che noi confuteremo sotto gli art. **1376**, **1377** (**1330**, **1331**); una persona può avere il capriccio di consegnare un oggetto ad un altra sotto il pretesto che glielo debba, ma senza volerglielo dare (per esempio, affin di darglielo *in deposito* in una casa che con questo titolo forse non l'accetterebbe), in questo caso si potrebbe ben ripetere. Secondo il primo paragrafo del nostro articolo può ri-

(1) Parigi, 15 febbraro 1840; Rig., 7 luglio 1841; Aix, 7 marzo 1843; Parigi, 30 maggio 1843; Parigi, 1 marzo 1844; Cassaz., 30 luglio 1844; Rig., 1° ottobre 1844; Caen, 12 febbraro 1845; Rig., 17 dicembre 1845; Cassazione, 5 gennaro 1846; Rig., 10 febbraro 1846; Rig., 20 giugno 1848; Rig., 16 dic. 1848; Rig., 16 genn. 1849; Rig., 3 dic. 1849; Cass., 9 genn. 1850 (Dev., 44, 1, 582, 384; 2, 307; 45, 1, 184; 46, 1, 116; 118, 137; 48, 1, 450; 49, 1, 29 e 282; 50, 1, 132 e 380).

petersi ciò ch'è stato pagato non volendo che il preteso pagamento sia stato fatto per errore. Similmente, secondo l'art. 1376 (1330) chiunque ha ricevuto per errore o con iscienza una cosa che non gli era dovuta, è obbligato restituirla. Si cava nel sistema contrario argomento dall'articolo 1377 (1331); ma nel caso che prevede accorda solo il dritto di ripetere a colui che ha pagato per errore ciò che non doveva, ma in esso si prevedono i casi in cui esistesse realmente un debito, e in cui quello che ha pagato fosse veramente un creditore; allora, se alcuno abbia pagato un debito non suo, avrà il dritto di ripetere contro lo stesso creditore; se lo ha fatto con iscienza potrà sempre rivolgersi, non contro il creditore, ma contro il debitore da lui liberato. — 2° Nello stesso caso in cui la cosa non dovuta fosse stata rilasciata con intendimento di donarla, vi sarebbe pure il dritto di ripetere se fosse un immobile. — 3. Infine, supposto anche un oggetto mobile rilasciato *animo donandi* vi sarebbe una grave differenza fra la tradizione così fatta a puro danno, e quella per cui si fosse pagato un debito naturale, perchè nel primo caso onde la tradizione fosse efficace, farebbe bisogno che le due parti fossero capaci l'una di donare, l'altra di ricevere, che la cosa potesse ridursi o conferirsi, le quali cose non avrebbero luogo se si pagasse un debito naturale.

Gli è dunque certo che la obbligazione naturale diventa civilmente efficace per il suo adempimento, quando volontariamente si esegue, cioè con cognizione di causa e in modo che per parte del debitore si confessi la validità del debito. Ciò fu detto dall'oratore del Governo innanzi il Corpo legislativo: « L'obbligazione naturale diventa un legame civile *per una induzione cavata dal pagamento*... Il qual pagamento è una rinunzia di fatto alle eccezioni... ; rinunzia che si presume promossa *dalla sola buona fede e dalla voce della coscienza* » (Fenet, XIII, p. 264).

Acciocchè meglio si comprenda la obbligazione naturale, si può anche leggere ciò che ne diremo sotto gli art. 1338, 1340 (1292, 1294).

2. Da chi il pagamento debba esser fatto.

1236 (1189). — Le obbligazioni possono essere estinte col pagamento fatto da qualunque persona che vi abbia interesse, come da un obbligato o da un fideiussore.

Possono anche essere estinte col pagamento fatto da un terzo che non abbia interesse, se questo terzo agisca in nome e per la liberazione del debitore, o se, agendo in nome proprio, non lo faccia per subentrare ne' diritti del creditore.*

SOMMARIO

I. Il secondo paragrafo, non ben compreso dai molti interpreti, vuol dire che quando il terzo che paga si fa surrogare, non si estingue il credito, ma si compra. — Osservazioni sull'indole della surrogazione.

II. Il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo. Può costringerlo a ricevere il pagamento: si dissente da Toullier, e da Delvincourt.

III. Può anche pagare malgrado del debitore, nè ha meno il dritto di ripetere contro di lui per la utilità che dal suo pagamento gliene è venuta: si dissente da Toullier e Zachariae.

IV. Osservazioni sull'intendimento della ultima disposizione dell'articolo.

V. Nuovi sviluppamenti sull'indole della surrogazione.

I. — 672. Non offre alcuna difficoltà il primo paragrafo di questo articolo, il quale

* Il debitore è liberato, anche quando ignori che un terzo abbia pagato per lui. C. S. di Napoli, 27 sett. 1825.

dichiara che il pagamento di un debito può farsi non solo dal principale debitore, ma da qualunque si trovi obbligato accessoriamente e in secondo luogo. Ma non è così chiaro il secondo paragrafo che si rapporta al pagamento fatto da chi non sarebbe punto obbligato rispetto al creditore.

Esso ci dice che l'obbligazione può esser soddisfatta da un terzo, purchè agisca in nome del debitore, come rappresentante di lui, ovvero che agendo in nome proprio non sia surrogato ai dritti del creditore. Affinchè si comprenda quest' ultima idea è necessario si ricordi che cosa sia la surrogazione, e si sappia che cosa vollero dire con tale parola nel nostro articolo gli autori del Codice civile. Eglino non esattamente tolsero in questo luogo la parola *surrogazione* come sinonimo di *cessione*, e intesero parlare non di colui che si fosse soltanto fatto surrogare ai dritti del creditore, ma di colui che avrebbe *comprato* tali dritti.

Surrogazione significa semplicemente *sostituzione*, *successione* di una persona ad altra, o d'una cosa ad altra: nella nostra materia del pagamento la surrogazione importa mettersi un nuovo creditore nel luogo del primo, di guisa che il novello abbia rispetto al debitore i medesimi dritti dell'antico. Se Pietro mi deve 500 franchi con garenzia ipotecaria, e Paolo me li paga, non mettendosi in mio luogo e vece per la ipoteca, bastandogli essere creditore chirografario, non havvi surrogazione; se al contrario l'ipoteca continua anche per lui, se il suo credito offre i medesimi accessori del primo, havvi surrogazione. Compreso ciò *in fatto*, come si spiega in dritto ? Eccovi due spiegazioni, due teorie. Nell'una che ci sembra la meno logica, si dice che il credito pagato con surrogazione si stima non pagato, non estinto; esistere ancora, come se invece di essere soddisfatto si fosse comprato: e quindi il credito essendo per la finzione della legge identicamente il medesimo, continua di necessità ad offrire le medesime garenzie, le medesime ipoteche o privilegi, infine i medesimi accessori. Nel secondo sistema, più razionale secondo noi, e che abbiamo esposto sotto l'art. 374 (T), n. I, si dice che il pagamento con surrogazione annulla il credito (essendo il pagamento necessariamente la principale e più naturale maniera di estinguere le obbligazioni) e quindi il credito che esiste poi contro il debitore in vantaggio di colui che ha pagato (e che nasce da una gestione di affari) è un novello credito; ma la legge per la sua onnipotente volontà trasporta sul secondo tutte le garenzie del primo credito.

Sebbene la prima di queste due idee sia meno esatta dell' altra, pure è quella che ebbero in mente i nostri legislatori, e che ci dà la spiegazione dell'articolo. In fatti, riguardandosi la surrogazione in questo sistema come impeditiva della estinzione della obbligazione, anzi facendo continuarla in vantaggio del nuovo creditore, come se il credito gli fosse stato venduto, non si può dire essersi soddisfatto il debito, quando il terzo che è venuto a pagare avrà ottenuto la surrogazione.

Adunque il nostro secondo paragrafo vuol dire, che l'obbligazione potrà essere soddisfatta da un terzo estraneo al debito, quando questi agirà nell'interesse del debitore, o anche del suo proprio senza farsi surrogare; ma non potrà esser soddisfatta quando il terzo che agisce nel suo proprio interesse avrà ottenuto la surrogazione, avvegnachè questa nel sistema dei compilatori dell'articolo fa sì, che il medesimo debito continui e non già si estingua.

673. Che questa interpretazione sia esatta riesce evidente dai lavori preparatori del Codice. Infatti, il paragrafo non era nel progetto compilato quale oggi è ; il Tribunato lo propose in questo modo: « La sezione si avvisa che un debito può esser soddisfatto da un terzo che non vi sia interessato, sebbene agisca nel suo nome proprio: bastando che non abbia stipulato surrogazione... In breve, se vi è surrogazione, *il debito è conservato*; se non ve n'è, il debito non esiste più (Fenet, XIII, p. 157) ». — E che il pagamento con sur-

rogazione non estingua il credito, anzi ne produca una cessione, un trasferimento, fu idea seguita dal consiglio di Stato (nel nostro articolo soltanto, perchè vedremo che in tutto il resto del Codice si contraddice questa idea che non bisogna affatto ammettere), tanto che inserito nell'articolo il mutamento chiesto dal Tribunato, dicevasi al Corpo legislativo per mezzo dell'oratore del Governo: « L'obbligazione può essere soddisfatta da un terzo che non vi ha alcun interesse, quando agisce in nome del debitore (o anche nel suo proprio nome, ma senza surrogazione). Se agendo nel suo nome proprio si fa surrogare al dritto del creditore, *non è più un pagamento, ma un trasporto dell'obbligazione* (*ibid.*, pag. 265) ». Finalmente, un altro compilatore, Maleville nella sua *Analisi ragionata* ci dice: « L'obbligazione *non è soddisfatta* da uno estraneo che si fa surrogare, cioè non è estinta, e *passa* dal creditore primitivo a quello che si fa surrogare ».

È inesatta dunque la dottrina secondo la quale il nostro articolo vorrebbe dire che il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo nei suoi dritti contro il debitore (1). L'articolo non tratta affatto se il terzo possa o non costringere il creditore a surrogarlo; avendo voluto solamente dire, che non si soddisferà il debito con la surrogazione la quale lo fa continuare in vantaggio del nuovo creditore.

II. — 674. Del resto se il nostro articolo non esprime chiaramente che il creditore non può esser costretto a surrogare il terzo, non è meno esatta cotesta idea, che risulta dagli art. 1249 (1202) e seguenti. Infatti la surrogazione, secondo questi articoli, non può derivare che dalla disposizione medesima della legge, o da una convenzione; ma il creditore non può esser costretto a consentirlo nascendo le convenzioni dalla libera volontà delle parti; consentire ed esser costretto sono idee contraddittorie.

Ma se il terzo non può costringere il creditore a surrogarlo, egli può, checchè ne dicano Delvincourt e Toullier (VII, 11) costringerlo in tutti i casi a ricevere il pagamento, essendo che giusta il nostro articolo assolutamente e senza distinzione egli è capace di pagare. E da che egli può costringerlo a ricevere il pagamento, può dunque, ove quegli si ricusi, estinguere il debito con la offerta di cui parleremo nel § 4.

III. — 675. E il terzo non solo può pagare malgrado del creditore, ma anche malgrado del debitore; e il pagamento fatto anche contro l'espresso divieto di costui, gli darebbe il dritto di rivolgersi contro colui di cui ha fatto il negozio, ma solo per le utilità che il debitore avrebbe realmente tratto dal pagamento.

Toullier (VII, n. 12) e Zachariae (III, p. 182) fondandosi sopra la decisione di Giustiniano (L. ultima, *Cod. de neg. gest.*, 2, 19) insegnano il contrario e pongono in regola generale, che chi s'ingerisce negli affari di un tale a malgrado di lui non ha azione per ripetere ciò che ha pagato, dovendo riguardarsi come gli avesse fatto un regalo. Questo è secondo noi un evidente errore fondato sopra una di quelle tradizioni non abbastanza legittime. Vedemmo già (art. 555 (480). n. VI) che il Codice non ha ammesso tali presunzioni tanto incerte di gratificazione. L'art. 1375 (1329) dichiara che « colui *il cui affare fu bene amministrato* deve ristorare l'amministratore di tutte le spese utili da esso fatte »; e non sappiamo come si possa sfuggire tal regola così ragionevole e insieme così positiva. Senza fallo se il debitore fa vedere che il suo creditore gli avrebbe dato dilazione, ovvero ridotto il debito, si accorderanno rispetto all' amministratore le medesime dilazioni o la medesima riduzione, essendo che la spesa gli fu *utile* solo con tale limitazione, e valutando i fatti si dovrà aver riguardo al debitore, essendo il terzo in colpa di aver pagato malgrado di lui, ma si contraffà apertamente all'art. 1375 (1329) stabilendo in principio,

(1) Delaporte (sopra l'articolo); Duranton (XII, 13, paragr. 8); Demante (II, 690).

come fanno Toullier e Zachariae, che il terzo non avrà azione quando avrà pagato senza il consenso del debitore.

676. Duranton non sostiene, come a torto crede Zachariae la dottrina che noi qui combattiamo, anzi la restringe dicendo, che l'azione dovrà accordarsi o negarsi secondo le speciali circostanze del fatto. Se Duranton non fosse andato più in là, la sua proposizione, sebbene vaga, o meglio perchè sarebbe stata più vaga, non sarebbe stata inesatta; ma il dotto professore secondo noi è in errore, quando volendo determinar la sua idea, aggiunge che i tribunali dovranno deliberarsi *secondo i motivi che abbiano potuto determinare il terzo a fare il pagamento*.

È questa una regola arbitraria e che non ha base nella legge: non bisogna aver riguardo al motivo per cui il terzo agisce, ma al vantaggio che dal pagamento ha potuto cavare il debitore. Se le circostanze, porgano nessun guadagno abbia fatto, il terzo non avrà azione, e l'avrà per lo intero se quegli ne ha guadagnato per lo intero, dacchè lo ripetiamo, l'artic. **1375** (**1329**) vuole che il debitore ristori tutte le spese utili fatte da lui.

IV. — **677.** Secondo i dati sviluppi, la disposizione così oscura e difficile della fine del nostro articolo non ha quell'intendimento che le si potrebbe dare a primo aspetto. Essa non altro fa che recare al principio una eccezione che doveva non essere espressa, e nè anco è esatta.

Infatti tutto insieme l'articolo significa: « un debito si estingue sempre col pagamento, e questo può farsi da qualunque persona, anche estranea alla obbligazione. Ma non pertanto è necessario che il terzo non sia surrogato ai dritti del creditore, dacchè mercè la surrogazione il medesimo debito continuerebbe in prò del surrogato ». Or tal pretesa eccezione, supposto che sia esatta, non doveva essere qui espressa, bastando il dire che il pagamento può farsi da tutti, salvo a trattare più innanzi degli effetti speciali del pagamento con surrogazione. Ma nè anco esiste siffatta eccezione, nè si potrebbe riconoscere dove non si mettesse il Codice in contraddizione di se stesso, avvegnachè il pagamento, da una mano non altro sia che l'adempimento di una obbligazione, dunque qualunque pagamento estingue di forza la obbligazione. Or se d'altra mano si ammettesse che la surrogazione fa continuare la obbligazione, trasferendo il credito sempre identico a se stesso da un creditore ad un altro, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione* che di frequente si incontrano nella legge, vorrebbero dire *estinzione con continuazione*, *annullamento con mantenimento*, non porgendo così che uno assurdo.

Pertanto non ci pare potersi ammettere che il debito continui mercè la surrogazione ottenuta da chi lo paga; e secondo noi è più logico il dire che il pagamento con surrogazione estingua il debito, facendone nascere un altro sul quale la legge trasferisce tutte le garenzie del primo.

V.—**678.** Tutte insieme le dottrine degli antichi e moderni scrittori intorno alla surrogazione sono queste: il pagamento con surrogazione doversi riguardare in principio quasi effettuasse il trasferimento, la cessione del credito; ma non essere assoluto tale effetto, e dipendere al postutto dall'intendimento delle parti di cui una ha fatto, e l'altra ha ricevuto il pagamento; se il terzo che paga ha voluto realmente per se tutto il credito, il pagamento effettuare un vero trasferimento per cui potrà domandarsi l'intero debito, anche se solo una parte del prezzo si fosse pagata; al contrario, se il terzo ha mirato principalmente a liberare il debitore verso il suo creditore, il pagamento con surrogazione potere riguardarsi come estintivo del primo debito, da cui ne nasce un altro; quindi tutto in tale materia dipendere dalle circostanze di fatto, che valuteranno i tribunali (1).

(1) Dumoulin (1ª Lezione a Dôle, e Tract. de usur., n. 276 e seguenti); Renchin (parte I, con-

Ma in fondo a tutte queste dottrine (e di conseguenza, nella mente dei compilatori del nostro articolo), v'è una confusione che bisogna oramai far cessare, ed è tale da ingenerare una questione tanto più lunga ed oscura che in fondo sarebbe questione di parole. Infatti, il più degli scrittori movendo dal significato della parola *surrogazione* che è « il mettere una persona o una cosa invece di altra persona o di altra cosa » usano la parola *surrogazione* per esprimere anche una cessione propriamente detta di credito. Quando noi dichiariamo positivamente che voi mi vendete, e che io compro il vostro credito contro di Pietro, ovvero quando voi me lo darete, dicesi esservi una surrogazione perchè io sono surrogato a voi, succedo nei vostri dritti contro di Pietro. Or bene: la oscurità viene da questo troppo largo significato che si dà alla parola *surrogazione*. Ove ne andremmo, se anzichè dare a ciascuna cosa un nome che la distingua dalle altre, confondessimo così con una espressione le cose più disparate? Ci si dice che le *cessioni* sono surrogazioni! È vero, perchè pongono il cessionario nel luogo del cedente; ma le *vendite*, qual che ne sia l'oggetto, o immobili o mobili corporali, ovvero crediti, le donazioni, saranno altresì surrogazioni, perchè pongono il creditore nel luogo del venditore, il donatario nel luogo del donante; sarebbe il medesimo delle successioni perchè pongono lo erede nel luogo del defunto; infatti Renusson spiega che l'accettazione d'una eredità è una surrogazione. Ma con tal sistema come possiamo mai intenderci? Ogni cosa sarà surrogazione, sarà successione, sostituzione; tutto sarà in tutto, e nulla più si comprenderà! Pertanto non diremo con Toullier (VII, n. 123, note) che non bene a proposito si è voluto distinguere la cessione dalla surrogazione.

Diamo ad ogni cosa speciale il suo proprio nome. Venduto, dovuto, o altrimenti trasferito un credito da una ad altra persona, diciamo esservi *vendita*, *donazione*, *permuta*, ec., o in generale *trasporto*, *cessione*, ma non già surrogazione, riserbando quest'altra espressione per il caso speciale in cui il novello creditore succede all'antico, non già per il credito stesso, ma solo pei dritti accessori che danno al suo credito le medesime garenzie del primo. Con una scelta più accurata di parole ci intenderemo facilmente sulle cose, e comprenderemo in fondo le idee male espresse dagli scrittori.

679. Infatti, ci si dice che nel pagamento fatto da un terzo con surrogazione giudicheranno i tribunali secondo le circostanze, se il terzo abbia voluto estinguere il credito contro il debitore salvo l'effetto del novello credito da lui acquistato ovvero appropriarsi il credito stesso già esistente. Or tal proposizione, contraddittoria nei suoi stessi termini, diviene esattissima se si muti per poco la espressione, conservando in fondo le idee.

La proposizione non è esatta, perchè essendovi pagamento il terzo ha estinto di forza il debito; se al contrario lo ha voluto lasciare sussistere onde farlo suo, egli non ha pagato, perchè pagare vale estinguere. Tutto questo dunque è inesatto, ed ecco ciò che deve dirsi:—La cosa si deciderà con le circostanze del fatto e secondo l'intendimento delle parti. Ma non bisogna decidere secondo tale intendimento se il pagamento con surrogazione produrrà questo o quell' altro effetto (non potendo produrne che un solo di estinguere il debito, conservando le sue garenzie per lo altro debito che sorge); ma se vi sia o non pagamento con surrogazione, se pagamento ovvero cessione. Se il terzo ha voluto estinguere il debito ed ottenere le sue garenzie per l'altro debito in suo prò, vi è pagamento con surrogazione; se al contrario ha voluto acquistare lo stesso debito evvi cessione.

clus. 84); Loyseau (*Officy*. lib. 3, cap. 8); Lacombe (*Racc. di Giurispr.*, alla parola *Surrogazione*); Renusson (*Tr. di Surrog.*); Domat (l. civ., sez. 3, lib. 3); Pothier (n. 280 e seguenti); Toullier (VII, n. 119 a 125); Duranton (XII-114 e 122, par. 4); Dalloz (alla parola *Obbligaz.*, cap. 5, sez. 4) Grappe (*Quest. di Merlin* alla parola *Surrogaz.*); Zachariae (II, p. 137 e nota).

La disposizione del nostro articolo deve in somma concepirsi così: « Un debito può soddisfarsi e quindi estinguersi da qualunque persona, anche da un terzo estraneo del tutto, ma non bisogna che il terzo *compri* il debito, non estinguendosi più in questo modo la obbligazione ».

680. Se i nostri compilatori per seguire un tristo uso, parlarono a torto di surrogazione nel nostro articolo, onde esprimere un caso di cessione, non si trova in altra parte del Codice una tale inesattezza. Essi trattavano di surrogazione nella nostra materia del pagamento, riserbando al titolo della *vendita* la materia delle cessioni o dei trasporti; e si noti che nel paragrafo del *pagamento con surrogazione* non incontreremo nè una volta le parole *cedere cedente cessione cessionario*, come nel capitolo del *trasporto dei crediti* (articolo 1689, 1701 (1635, 1547)) non si troveranno nemmeno una volta le parole *surrogare*, *surrogazione*, ec.

I compilatori scorsero la differenza fra i due casi, e per sola inavvertenza potè sfuggire la espressione del nostro articolo, dalla quale non si potrebbe inferire un sistema contrario a tutto insieme il Codice. È questa un'altra ragione per evitare con accorgimento la confusione da noi avvertita, e che Toullier sembra riprodurre con affettazione, specialmente nel n. 124 *in fine* ove vuol presentare le parole *cessioni* (o trasporti) e *cessionari*, come sinonimi perfetti di *surrogazioni* e *surrogati*.

1237 (1190). — L'obbligazione di fare non può adempiersi da un terzo contro la volontà del creditore, ove questi abbia interesse che venga adempiuta dal debitore medesimo.

681. Il principio stanziato dal precedente articolo, che l'obbligazione può essere soddisfatta tanto dallo stesso debitore, che da qualunque altro, sia pure un terzo, è vero in quanto il creditore non ha interesse che il debitore adempia personalmente. Che se al creditore preme che lo stesso debitore esegua la obbligazione, come può avvenire nelle obbligazioni che han per oggetto di far qualche cosa, egli può pretenderlo; per esempio, se convengo con quel pittore di dipingermi un quadro, non posso esser costretto a prendere un quadro fatto da altri.

1238 (1191). — Per pagare validamente, è necessario esser proprietario della cosa data in pagamento, ed esser capace di alienarla.

Nondimeno non si può ripetere il pagamento di una somma di danaro, o di altra cosa che si consumi coll'uso, contra il creditore che l'abbia consumata in buona fede, quantunque il pagamento sia stato fatto da chi non era proprietario, o non era capace di alienarla.

SOMMARIO

I. Troppo larga e poco matura compilazione dell'articolo che può applicarsi solo ai pagamenti che debbono effettuire un trasporto di proprietà.

II. Diversi effetti del pagamento fatto in tal caso dal non proprietario e dal proprietario incapace.

I.—682. Quest'articolo cavato da'numeri 459, 461 di Pothier, è stato copiato senza discernimento e in modo da presentare una disposizione inesattissima.

L'articolo incomincia dal dire che per pagare validamente una cosa, bisogna esserne proprietario e capace di alienarla. Or la regola così espressa è certamente falsa. Quando, per modo di esempio, mi avrete prestato o dato in deposito la vostra ar-

genteria, non si può pretendere, perchè io adempia la mia obbligazione, restituendovi l'oggetto prestato o depositato, che io ne sia proprietario e capace di alienarlo, poichè l'oggetto è vostro. Dippiù Pothier spiegò che questa regola si applicava alle obbligazioni che consistono *in dando*, in un trasferimento di proprietà. Ma a prescindere da ciò, la regola non ha nel Codice civile quell'intendimento che le dava Pothier, dacchè la proprietà, secondo l'articolo 1138 (1092), trasferiscesi oggi per lo effetto immediato della convenzione, e senza bisogno di tradizione, purchè l'oggetto sia determinato *in individuo*. Avendovi venduto, donato, permutato una casa o quel cavallo o quell'altro oggetto individuamente determinato, io non potrei esser proprietario nel punto del pagamento della mia obbligazione, cioè quando vi rilascerò l'oggetto, poichè per la stessa convenzione la proprietà è passata in voi. Per medesimezza di ragione io non debbo esser capace di alienare, non essendo il pagamento un'alienazione; bisognava che lo fosse nel punto che la alienazione si compiva, cioè, quando faceva la vendita, la donazione, ec. Il nostro articolo può soltanto applicarsi ai pagamenti che importano alienazione, cioè nei casi in cui il debitore resti proprietario fino alla adempimento, mercè il quale egli deve trasferire la proprietà.—Sotto il Codice civile gli è così quando l'oggetto a pagare sia soltanto determinato *in genere*, o anche quando le parti abbiano positivamente convenuto che il debitore riterrebbe la proprietà della cosa fino alla tradizione; per mò di esempio, se vi ho dichiarato di vendervi non *il tal cavallo*, ma solo *un cavallo*; ovvero se vi ho promesso il tal cavallo o la tal casa, stipulando che per eccezione alla regola dell'art. 1138 (1092) io ne conserverò la proprietà fino al rilascio.

II.—683. Perchè sia valido il pagamento col quale la proprietà deve trasferirsi, è necessario: 1° che colui che paga ne sia proprietario: 2° che sia capace d'alienare.

1°. Se colui che paga non fosse proprietario, qual ne sarebbe la conseguenza? Se l'oggetto rilasciato *a non domino* è un immobile, il vero proprietario potrà ritoglierlo al creditore, finchè non sia corso il tempo della prescrizione. Ma tale rivendica se non è esercitata dal proprietario, non potrebbe esserlo dal debitore che ha rilasciata la cosa; avvegnachè non possa rivendicare colui che deve rispondere della evizione fatta da altri: *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Se l'oggetto fosse mobile, e non fosse nè perduto, nè rubato, il creditore che l'ha ricevuto in buona fede, non può essere molestato, dacchè riguardo ai mobili il possesso di buona fede, anche di un momento, rende immediatamente proprietario (articolo 2279, § 1 (2183)). Se l'oggetto fosse infine un mobile perduto o rubato, il creditore che lo ha ricevuto non potrebbe prescrivere, se non corsi tre anni dal giorno che è stato perduto o rubato (*ibid.*, § 2), e fino a quel tempo potrebbe ripeterlo contro di lui, non quegli che ha pagato (secondo il già detto), ma il vero proprietario. Che se il creditore avesse consumato di buona fede il mobile perduto o rubato, sarebbe al coverto da qualunque azione, secondo la disposizione formale del 2° parag. del nostro articolo.

Del resto, il creditore *può* mantenere il pagamento, e conservare la cosa pagata quando non è corsa la prescrizione (cioè immediatamente pei mobili non perduti nè rubati; dopo tre anni, dal dì della perdita o del furto per gli altri; e per gl'immobili, dopo i termini stabiliti), ma non vi è costretto, e può dire al debitore: « La mia coscienza non vuole che io usi della prescrizione, io non voglio conservare un oggetto che non mi è venuto dal suo vero padrone, riprendetelo, dandomene uno che sia vostro ». Sembra evidente non potersi respingere questa giusta pretensione del creditore, perchè da una parte qualunque convenzione deve eseguirsi in buona fede, e il debitore doveva consegnare una cosa che fosse sua (art. 1134 (1088)); d'altra parte non si può, a malgrado di noi, pre-

scrivere nè esser costretti a giovarci della prescrizione.

2°. Quando il debitore proprietario della cosa data in pagamento non fosse capace di alienarla (ad esempio, un pupillo che ha pagato da se, o una donna maritata che non sia autorizzata dal marito), non il creditore, ma l'incapace o i suoi rappresentanti possono chiedere che si annulli il pagamento; dacchè, come si sa, la incapacità è stabilita in vantaggio degl'incapaci (articolo 1125 (1079)). Il solo debitore pertanto potrà fare rescindere il pagamento se vi abbia interesse; per esempio, se invece di dare un cavallo *in genere* a cui era obbligato, ne abbia dato un altro di prezzo maggiore, col rilascio del quale avrebbe potuto similmente liberarsi, ovvero se essendo debitore di due oggetti alternativamente, e potendo liberarsi rimettendo l'uno o l'altro, egli avesse dato quello che fosse più caro. Ma qui sempre, secondo la disposizione del nostro secondo paragrafo, l'azione dell'incapace non sarebbe possibile, se il creditore avesse consumato di buona fede la cosa; se di mala fede, l'incapace avrebbe la sua azione, non già per riprendere una cosa che più non esisterebbe, ma per ottenere un ristoro.

684. La perdita della cosa per caso fortuito avvenuta presso il creditore, produce diverso effetto, secondochè la cosa si fosse data *a non domino*, o solo dal proprietario incapace di alienare. Nell' un caso il creditore, come abbiam visto, può dir sempre, non avere lui acquistato, la cosa che non divenne sua, essere perita per conto del proprietario, e il debitore, non essendosi liberato col pagamento rimasto nullo, essere obbligato a farne un altro. Se al contrario la cosa appartenesse al debitore, che fosse soltanto incapace di alienare, allora il pagamento sarà valido, e la perdita toccherà al creditore, avvegnachè lo effetto della incapacità non possa essere allegato che dall'incapace, il quale non l'allegherà contro se stesso, impugnando lo eseguito pagamento.

3. A chi debba farsi il pagamento.

1239 (1192).—Il pagamento dee farsi al creditore, o a persona che sia da lui o dal giudice o dalla legge autorizzata a riceverlo.

Il pagamento fatto a colui che non abbia facoltà di riceverlo pel creditore, divien valido, quando costui lo ratifichi o ne abbia profittato.*

685. Il pagamento deve farsi al creditore che è capace di ricevere, o a chi lo rappresenta in forza del mandato, convenzionale, giudiziario, o legale. Se il mandato del creditore fosse spirato al tempo del pagamento, bisognerebbe far la distinzione: o il mandato ha in se la prova di essere spirato (per esempio, se fosse dato fino a quel tempo già venuto), e allora il pagare a chi esibisce tal mandato importerebbe fare un atto nullo; o il mandato dato prima per un tempo più lungo è stato revocato dal creditore, e allora io posso pagare sempre al mandatario, finchè non mi sia notificata la revoca (articolo 2005 (1877)), essendo che io non possa indovinare la revoca, di cui dovea darmi conoscenza il creditore (Pothier, n. 474). Se io pago un terzo che in forza di un falso mandato mi chiede il pagamento, sarebbe nullo il mio pagamento, ed io sarei tenuto a pagare un' altra volta, essendo in colpa di non aver preso sufficienti notizie. Il che avverrebbe pure se non potessi essere tassato di negligenza, poichè chi non ha saputo schivare una frode contro lui diretta

* Sul fondamento di semplici presunzioni non si può, in onta del titolo, decidere che una somma sia di spettanza di altri, e non di quello cui il titolo stesso l'attribuisce. C. Supr. di Napoli, 11 marzo 1851.

deve soffrirne la conseguenza: in questo caso io sono l'ingannato e non il creditore (*ibid.*).

Del resto. il pagamento a chi non era capace di riceverlo diventa valido in tre casi, due dei quali sono indicati dal nostro articolo, e il terzo dal seguente: 1°. quando il creditore ratifica poi il pagamento; 2° quando il creditore si è avvantaggiato del pagamento, come se fosse fatto a lui medesimo: e se il pagamento lo avesse in parte vantaggiato, sarebbe valido per la parte, e nullo pel resto; 3° infine, quando il debitore è stato tratto in inganno dal possesso del credito in cui era il terzo, come dirà il seguente articolo.

1240 (1193). — Il pagamento fatto in buona fede a chi si trova nel possesso del credito, è valido, ancorchè il possessore ne soffra di poi l'evizione.

686. Essere in possesso di un credito non importa posseder l'atto, la scrittura, che del credito fa prova, ma avere il possesso pacifico della qualità di creditore. L'erede apparente possiede i crediti ereditari, e i pagamenti fatti a lui dai debitori della eredità sono validi, sebbene poi lo erede reale rivendichi contro di lui. Il possedere semplicemente l'atto costituisce il possesso di effetti pagabili al latoro. — Sopra il nostro articolo si fondano anche per decidere che l'erede apparente può vendere validamente i beni ereditari, ma l'argomento che se ne vuol trarre, è stato da noi confutato sotto l'art. 137 (143).

1241 (1194). — Non è valido il pagamento fatto al creditore, se questi fosse incapace a riceverlo; purchè il debitore non provi la versione a vantaggio del creditore.

687. Il pagamento è valido quando è fatto al creditore *capace*; quindi sarebbe nullo, se fatto ad un minore, ad un interdetto, ad una donna maritata che non sia autorizzata, sebbene questi possedessero il credito; è nullo parimente, se fatto ad un mandatario scelto dal creditore incapace. Ma al contrario essendo capace il creditore, non monta che sia incapace il mandatario eletto; io pagherò validamente al minore o alla donna maritata che son designati dal mio creditore, padrone dei suoi dritti, acciocchè ricevessero in suo nome (art. 1990 (1862)).

Ma il pagamento fatto al creditore incapace diventa valido in tutto o in parte, se è volto in tutto o in parte in vantaggio di lui; non importando che il vantaggio esista ancora o sia cessato quando il creditore chiederebbe un altro pagamento. Se io, anzichè al tutore, ho pagato una somma ingente al suo pupillo, e quello ne ha acquistata una casa per costui, il mio pagamento è divenuto valido per questo fatto; nè vale che la casa siasi poi distrutta, perchè ciò non si riferisce al pagamento fatto da me al pupillo. Non dee farsi un nuovo pagamento, se non quando il pupillo, cui si è fatto il pagamento, sia privato di un guadagno che dovea ottenere, e avrebbe ottenuto se il pagamento si fosse fatto regolarmente al suo tutore. — Ben si comprende che il pagamento fatto all'incapace diventerebbe anche valido per la ratifica di colui che dovea ricevere il pagamento.

688. Le incapacità sono stabilite in vantaggio degli incapaci, ed essi soltanto possono profittarne; quindi il debitore il quale ha fatto il pagamento ad un creditore incapace, non può agire per ottenere, essendo ancora in tempo, che sia ratificato il pagamento. Senza fallo, il dritto di impugnare il pagamento e farlo dichiarar nullo, non è del debitore, bensì del solo incapace: ma il debitore non vuole che il pagamento si dichiari nullo, ma che il tutore o il marito ratifichino il pagamento fatto, quando si è ancora in tempo, e la cosa pagata non sia indarno spesa.

1242 (1195).—Il pagamento fatto dal debitore al suo creditore, in pregiudizio di un sequestro o di un atto di opposizione, non è valido a riguardo dei creditori sequestranti o opponenti: questi a proporzione dei loro dritti possono astringerlo a pagare di nuovo; salvo in tal caso soltanto il regresso contra il creditore.

689. Il sequestro o l'opposizione sono una sola e medesima cosa (Cod. procedura art. 557 (647) e seguenti): cioè il divieto fatto da me al debitore del mio debitore di non pagare a costui in pregiudizio dei miei dritti. Chiamasi *debitore sequestrato* o semplicemente *sequestrato* quel tale per il debito di cui si è fatto il sequestro, *terzo sequestrato* quello nelle mani di cui il sequestro è fatto, e *sequestrante* quello che lo fa.

Il nostro articolo, che riproduce qui il numero 469 di Pothier, dichiara, che colui il quale non ostante il sequestro fatto paga il suo creditore, deve fare un secondo pagamento al sequestrante; salva la sua azione contro il suo creditore, il debito del quale sarebbesi pagato da lui per due volte.

690. Si é fatta questione, se nel caso in cui la somma dovuta dal terzo sequestrato fosse maggiore di quella per la quale si è proceduto al sequestro, il terzo potrebbe senza rischio alcuno pagare il dippiù al creditore. Voi dovete 2,000 fr. a Pietro, che ne deve a me 800, pei quali io fo un sequestro contro di voi; potrete voi senza rischio pagare a Pietro i 1,200 fr. che eccedono il mio credito? Parrebbe a primo aspetto che sì; eppure vien deciso con ragione il contrario (Duranton, XII, 65).

Infatti, l'opposizione fatta non è solo un divieto di pagare gli 800 franchi a me dovuti, ma di fare alcun pagamento che possa nuocere al mio credito; or potrebbe avvenire che la somma di 800 franchi conservata da voi non basti per ristorarmi, e che io non abbia ciò che avrei potuto avere se si fossero da voi conservati per intero i 2,000 franchi.

Dopo il pagamento fatto da voi dei 1,200 franchi, un altro creditore di Pietro sequestra a sua volta gli 800 franchi; egli ed io (supposto che non vi sia alcuna causa di preferenza fra noi) verremo per contributo, in proporzione di quel che ci si deve, a dividere gli 800 franchi da voi conservati, avvegnachè l'aver fatto prima il sequestro non dia alcun privilegio al credito. Ciascheduno di noi adunque prenderà 400 franchi. e siccome io son ridotto ad aver la metà del mio credito per colpa vostra e perchè avete pagato contro il mio divieto, così avrò il dritto di chiedere da voi gli altri 400 fr., salvo la vostra azione contro Pietro. Del resto il secondo sequestrante, sebbene abbia pure non altro che 400 franchi invece di 800, non potrà farsi pagare da voi il dippiù, essendo che il vostro pagamento dei 1,200 franchi che precedeva il suo sequestro, non era fatto contro il suo divieto.

In breve, il pagamento del terzo sequestrato può farsi soltanto dichiarar nullo da quei creditori che hanno già sequestrato; se non che può dichiararsi nullo per tutto ciò di cui quel pagamento li abbia privato.

4. Come e in quale stato debba pagarsi la cosa.

1243 (1196).—Il creditore non può esser costretto a ricevere una cosa diversa da quella che gli è dovuta, quantunque il valore della cosa che si offre, fosse eguale o anche maggiore.*

* Le fedi di credito, ossia biglietti di banco, possono darsi in pagamento di somma determinata. Esse sono elevate al valore di commercio effettivo. C. S. di Napoli, 17 marzo 1846.

691. Siccome il pagamento consiste nel prestare la cosa o compiere il fatto che forma l'oggetto della obbligazione, così il creditore non può essere costretto a ricevere un oggetto invece di un altro, tranne che egli non vi consenta.

Se il creditore vuol mutare l'oggetto del debito, l'obbligazione primitiva viene sostituita da una seconda diversa obbligazione, dimodochè la prima si estingue con la *novazione* (di cui parleremo nella sezione II), per dar luogo ad una altra obbligazione che si estinguerà col *pagamento*. Se io vi era debitore di 2,000 franchi, e voi me ne liberate per un viaggio che io debba fare per voi, la mia prima obbligazione estinguesi con la *novazione*, e il viaggio che io fo è il *pagamento* dell'altra.

Se l'obbligazione si estingue con un trasferimento di proprietà, con una *dazione* che la muti; per esempio, se dovendovi pagare 1,000 franchi, o imprendere per voi quel viaggio, o dipingervi un quadro, voi me ne liberate mercè il rilascio del mio cavallo, si dice allora esservi *dazione in pagamento*, cioè *dazione in luogo di un pagamento*, il che importa TRASFERIMENTO NELLA PROPRIETÀ DI UNA COSA, *che non era l'oggetto dell'obbligazione*, *trasferimento* CHE STA INVECE DEL PAGAMENTO: *ovvero del diretto adempimento di ciò a cui il debitore era prima tenuto*.—La dazione in pagamento quindi è un caso di novazione.

1244 (1197).—Il debitore non può forzare il creditore a ricevere in parte il pagamento di un debito, ancorchè divisibile.

Pur non di meno i giudici, avendo riguardo alla situazione del debitore, ed usando di questa facoltà con molta riserba, possono accordare dilazioni moderate pel pagamento, e sospendere l'esecuzione giudiziale, rimanendo ogni cosa nel suo stato.*

SOMMARIO

I. I giudici possono accordar dilazioni di pagamento, ossia termini onde farsi il pagamento in parti. Confutazione della dottrina di Duranton.

II. Lo possono non ostante qualunque contraria stipulazione.

III. Lo possono anche se il debito sia stabilito per atto autentico. Si dissente dagli scrittori. Caso in cui cessa la facoltà.

I.—692. Un debitore non ha il dritto di fare in frazioni e in tempi diversi il pagamento, non avendone stipulato la facoltà; sarebbe il medesimo che pagar meno di quel che egli debba; *minus solvit qui tardius solvit*. Ma il terzo paragrafo del nostro articolo, come per eccezione, dà facoltà ai tribunali di abilitare a ciò il debitore, se lo giudicheranno assolutamente necessario per lui, e senza pregiudizio del creditore.

Quest'idea, che ci pare incontrastabile, non è ammessa da tutti: Duranton (XII, 88) seguito da Dalloz (sez. I, art. 1, parag. 5, n. 24) sostiene con molto calore che il giudice può accordare un termine per farsi il pagamento, ma non mai dividere il pagamento. Questo errore è molto importante nella pratica, e il dotto professore insiste perchè si adotti, onde noi crediamo doverlo accuratamente confutare.

Duranton dice non essere la questione risoluta nè dal resto dell'articolo, nè dalla discussione del consiglio di Stato; a noi sembra il contrario.

E dapprima, il testo con la congiunzione *nondimeno* (che Duranton chiama un avverbio) indica già che il secondo para-

* Il giudice che ha accordata al debitore una dilazione al pagamento, ha già esaurite le facoltà concessegli con l'articolo 1244 del Codice civile; e non può accordare un secondo termine per la soddisfazione del debito. C. S. di Napoli, 23 agosto 1810.

grafo dell'articolo fa una eccezione al principio posto dal primo; e siccome il principio è che il creditore non può esser costretto a ricevere in parte il suo pagamento, così si tratta del caso eccezionale del pagamento in parti. Oltre a ciò il paragrafo parla di accordar *dilazioni* (in plurale) *per il pagamento* (in singolare), il che importa parecchi pagamenti fatti per eseguirne un solo, quindi un pagamento fatto in frazioni; noi difatti vedremo che se i compilatori usarono la parola *dilazioni* per significare i varî termini di un pagamento diviso, gli è appunto perchè esprimeva con maggiore energia il loro pensiero.

Vediamo ora la discussione del Consiglio riportata intera da Duranton, ed avuta da lui come di nissun momento: « Il console Cambacérès vuol sapere se quell'articolo autorizzerebbe il giudice *a dichiarar la divisione dello stesso pagamento essendosi diversamente stipulato.* Bigot-Preameneu dice non essere stato intendimento della sezione di *estendere* quella disposizione nel *senso* accennato dal Console ». Ben si scorge che il Console volea sapere, non se possa farsi la divisione, ma se la si possa di fronte ad una contraria stipulazione; si rispose che *tale estensione* non volea darsi dalla sezione, ma la fine del verbale non lascia alcun dubbio intorno a ciò. « Treilhard espone lo spirito dello articolo dicendo « che... si è supposto un debitore, il quale, provata la sua insolventezza, chiede una breve dilazione per una parte del pagamento. In questo caso, secondo l'articolo, il giudice lo condanna per l'intero, *assegnandogli i termini del pagamento.* Lo ARTICOLO SI ADOTTA » (Fenet, XIII, p. 77). Così l'articolo è adottato, senza veruna altra osservazione, immediatamente dopo che Treilhard ne ebbe *esposto lo spirito* in quel modo. Invero Duranton lo vorrebbe forse più chiaro?

Ma ciò non è tutto; se Duranton avesse meglio letto i lavori preparatori, non che il testo dello articolo che così si adottava, avrebbe veduto che l'essersi adottato, a prescindere da qualunque altra osservazione, dimostrava ben chiaramente la facoltà che ha il giudice di autorizzare il pagamento diviso. Difatti l'articolo, quando il Consiglio lo adottava, era così concepito: « Il debitore non può costringere il creditore di ricevere in parte il pagamento di un debito anche divisibile.— Il giudice nondimeno, avuto riguardo alla condizione del debitore..... può autorizzare *la divisione del pagamento*; ma deve usare di questa facoltà con grave riserva » (Fenet, XIII, p. 25, art. 140).

Essendo questo l'articolo che si dichiarava di adottare; non può dirsi che si volesse accordare una dilazione per il pagamento, ma non la divisione di esso. Nemmeno può farsi credere, come tenta Duranton, che si tratti del caso in cui il creditore si fosse concertato col suo debitore per accordargli la divisione richiesta. Ben difficilmente si comprende che siffatta idea siasi potuto manifestare da un giureconsulto. Se la divisione si fosse consentita dal creditore, non vi sarebbe stato bisogno d'un articolo per dare al giudice facoltà di pronunziarla, raccomandandogli di usarne con grande riserva; non si avrebbe discusso, se la divisione potesse anche farsi di faccia ad una contraria stipulazione.

693. La sola obbiezione che dovrebbe prevedersi, potrebbe cavarsi dal mutamento recatosi al testo primitivo dopo le osservazioni del Tribunato. Ma tal cambiamento conferma sempre più il dritto che ha il giudice di permettere il pagamento diviso.

Invero il Tribunato aveva chiesto istantemente che si sopprimesse il secondo paragrafo del nostro articolo. « Era questa, a suo avviso, una disposizione che dava troppo arbitrio; era una violazione del principio, che le convenzioni son legge per coloro che le han fatte; era un germe che farebbe sbucciare infinite domande per *termini e dilazioni* ». (Fenet, XIII, p. 157). Ma il Consiglio di Stato bene o male preoccupato (con molta ragione secondo noi) della durezza tanto ridicola, quanto spietata di alcuni creditori, non tenne ragione di quel voto; e a manifestare con maggiore

energia il suo rifiuto, quando l'articolo fu nuovamente compilato e fu necessario un altro mutamento, di cui più sotto parleremo (num. III), volle esprimere la sua regola nei termini stessi in cui era stata censurata. Il Tribunato voleva che non fosse permesso accordar *dilazioni*; il Consiglio rispose che ciò sarebbe lecito al giudice. Il nostro testo dà facoltà che si concedano dilazioni di pagamento, mentre il Tribunato ciò non voleva; ora ciò che il tribunato volea togliere, era, secondo lo stesso testo della disposizione che censurava, *la facoltà di dividere il pagamento*.

Resta dunque certo che i giudici possono non solo differire, ma anche dividere il pagamento (1).

II. — 694. Più delicata questione proponeva Cambacérès, cioè se il giudice avrà la facoltà ove vi sia una stipulazione contraria.

Gli è vero che Bigot-Preameneu dichiarò di non voler dare alla regola tanta latitudine, come abbiam visto; ma tal questione non fu tocca, non essendosene affatto parlato nel testo, nè essendosi nemmeno annunziata al Corpo legislativo nel discorso del Governo, in cui si ripetè soltanto che « il creditore non può esser costretto a ricevere il suo pagamento in parte, tranne che il giudice mosso da principî di umanità stimi in circostanze non ordinarie doversi accordare discrete dilazioni per il pagamento » (Fenet, XIII, p. 266, 267). Or la legge deve intendersi, non secondo fu preparata dal Consiglio di Stato, ma secondo fu voluta dai legislatori. Dunque non ostante le parole di Bigot, che essendosi taciute avanti il Corpo legislativo sono come non dette, la questione deve risolversi col solo testo, mercè i principî generali e la logica.

Or dacchè l'articolo vuol dire che il giudice può ordinare un pagamento diviso, e che la regola è posta dal testo assolutamente e senza alcuna restrizione per il caso di una stipulazione contraria, bisogna ritenere che l'articolo sia stato votato e debba applicarsi assolutamente.

Oltre a ciò fu detto e ripetuto al Corpo legislativo che la regola era stanziata come *principio d'umanità*, che i giudici dovrebbero applicarla nelle circostanze gravissime, e quando crederebbero fosse un *atto di umanità*; ma da che si vogliono proteggere i malaugurati debitori contro la durezza di alcuni creditori, come si farebbe cessare nei tribunali questo potere, perchè il creditore avrà stipulato di non potere affatto ottenere alcun temperamento anche nelle più gravi circostanze, cioè perchè forse si avrà da fare con un creditore più spietato? Essendo la regola posta come principio di umanità, è una disposizione di ordine pubblico, e quindi le parti non possono derogarvi per convenzione; tanto più che se ciò fosse permesso, non mancherebbe in nissuna delle convenzioni, di guisa che la regola sarebbe annullata. Infine non vi è alcun pericolo, non essendo questa una delle regole imperative o proibitive che possono per la loro stessa fermezza essere ora eque, ed ora inique secondo le circostanze, ma una semplice facoltà sottoposta alla coscienza dei magistrati che valuteranno le circostanze di ogni affare. Se la clausola fu stipulata da un leale creditore, perchè avea bisogno di esser pagato nel tempo stabilito, i giudici non accorderanno i termini di pagamento; ma se un tristo usuraio nega dilazioni da cui non potrebbe risentire alcun positivo danno, mentre forse toglierebbero che il debitore andasse in ruina, ciò darebbe a vedere quanto il creditore fosse duro e perciò bisogna che la sua vittima sia protetta dal nostro articolo.

È forza dunque confessare che la nostra regola ha dovuto essere notata dai legislatori, e debba applicarsi in un senso assoluto (2).

III. — 695. Un' altra difficoltà offre il

(1) Rig. di una decisione di Rouen, 20 dicembre 1842 (Dev., 43, 1, 223).

(2) Delvincourt (t. II), Toullier (IV, pag. 371); Carrè e Chauveau (quest. 259); Thomines-Desmazures (I-138); Rodiere (I, p. 369); Colmar, 29 luglio 1850 (Dev., 51, 2, 272).

nostro articolo ed è, se esso si applichi tanto alle obbligazioni comprovate da un titolo esecutivo o da un atto notarile, quanto alle altre. Sembra ben naturale che si risponda di sì, poichè l'articolo non fa alcuna distinzione; eppure tutti gli interpreti del Codice civile insegnano del no (1).

Non ostante tali autorità noi riguardiamo come poco giuridica non meno che poco umana, quella dottrina che per buona ventura una costante giurisprudenza ha rigettato.

A fin di sostenere che essendovi un titolo esecutivo non possano mai accordarsi termini di pagamento, si dice che i giudici possono accordarli nella sentenza di condanna a pagamento, e che essendo l'atto notarile e quindi per se stesso esecutivo, non fa mestieri di ottenere una sentenza. Ma dapprima, un titolo esecutivo può fare sorgere una lite, però è bisogno di una sentenza, come avviene sempre; e poi perchè non potrebbe un infelice debitore rivolgersi *de plano* al magistrato acciocchè ottenga il beneficio del nostro articolo? Si invoca l'art. 122 (216) Codice di procedura, il quale dichiara che i giudici accordando dilazione per lo adempimento delle loro sentenze, dovranno farlo nella sentenza medesima con cui pronunzieranno sul merito principale della causa; e si allega per motivo, che siccome la prima sentenza porta la formola in nome della Sovranità *Comandiamo ed ordiniamo*, ec. si mancherebbe di rispetto verso la suprema Autorità contraddicendo ciò che prima si era ordinato; or lo atto notarile, si dice, porta anche la formola *comandiamo ed ordiniamo*. Ma non è questa idea falsa e puerile? Il motivo dell'articolo 122 (216) è, che siccome le dilazioni debbono accordarsi per cause gravissime, queste cause han dovuto necessariamente essere indicate dal debitore, e riconosciute dal giudice innanzi la prima sentenza, per modo che si presume che insignificanti ragioni abbiano dovuto fare accordare dilazioni in una sentenza posteriore. Questa idea di un rispetto ridicolo ed anche impossibile per la formola esecutiva, è materialmente smentito; non vediamo tutti i giorni che un tribunale annulla in appello le sentenze esecutive di altri tribunali, ovvero in opposizione le sentenze contumaciali profferite da lui stesso, e che erano anche rivestite della formula esecutiva? Di più l'art. 2212 (2118) in materia di espropriazione forzata, permette che i tribunali sospendano i procedimenti ed accordino una dilazione, sebbene in questo caso si tratti *necessariamente* di un titolo esecutivo (art. 2213 (2119)).

Si è infine preteso — ma è un errore — che la soppressione fatta nell'articolo sulle osservazioni del tribunato, faccia escludere il caso di atti esecutivi. Nella questione che trattiamo nulla mette nè toglie quella soppressione.

L'articolo del progetto dava facoltà al giudice di accordare la divisione del pagamento in due casi: 1° avuto riguardo alla situazione del debitore: 2° essendovi lite sopra una parte del debito (Fenet, p. 25). Ora il Tribunato parlò soltanto dei titoli esecutivi per fare che si sopprimesse il secondo caso (dopo avere già chiesto che si sopprimesse il primo per altri motivi indicati nel numero 1). « Quanto alla *seconda frase* del paragrafo, egli diceva, la sezione desidera che sia soppressa per un motivo infinitamente semplice: o il titolo è, o non è esecutivo. Nel primo caso, il giudice non può sospenderne la esecuzione; nel secondo, essendo sorta lite, l'esecuzione è di pieno dritto sospesa » (Fenet, p. 158). Così il Tribunato diceva: « Non bisogna fare una disposizione di legge per autorizzare il giudice a sospendere la esecuzione perchè vi sia lite, avvegnachè se il debito per cui si contende non ha per se un titolo esecutivo, non potrà certamente eseguirsi; se lo ha, i tribunali non possono sospenderne la esecuzione, perchè il debitore vi

(1) Merlin (*Quest., Esecuz. parata*); Toullier (VI-660); Delvincourt (t. II); Duranton (XII-89); R. de Villargues (*Rep., Atto autentico*); Dalloz (n. 26); Zachariae (II, p. 368); Favard (alla parola *Sentenza*, sez. 1, § 2, n. 5); Duvergier (*sopra Toullier*).

faccia ostacolo ». Ma dall'avere riconosciuto il Tribunato e poi il Consiglio di Stato, togliendo via questo caso, che un tribunale non potrebbe arrestare lo effetto di un titolo esecutivo, perchè vi sia piato, non si può per alcuna ragione o pretesto inferire che non possa nemmeno ritardare lo adempimento, nel caso ben diverso in cui il debitore non contrastando il debito, dimandi appunto che ne sia ritardata la esecuzione ; caso che *per altri motivi* il Tribunato voleva anche soppresso, e che invece vollesi mantenere dal Consiglio di Stato e dal Corpo legislativo.

Con ragione adunque la giurisprudenza considerando la disposizione generale ed assoluta dell'articolo, e comprendendo che i motivi dell'umanità da cui fu dettata, hanno la medesima forza in tutti i casi, la dichiara applicabile tanto alla convenzione fatta con atto in forma esecutiva, quanto a qualunque altra (1).

696. Del resto, il giudice non ha più facoltà di accordare le dilazioni di grazia, e restano inefficaci quelle già accordate : 1° quando i beni del debitore si vendono a richiesta di altri creditori (Codice procedura art. 124 (218) ; 2° quando il debitore è fallito o decotto (*ibid.*) ; 3° quando è contumace o in carcere (*ibid.*); 4° quando per suo fatto e senza consenso del creditore ha soppresso o diminuito le garenzie che nel contratto avea dato al creditore (*ibidem* e Codice civile, art. 1188 (1141)), ed altresì per analogia, quando lascia passare senza liberarsi, uno dei termini del pagamento che il giudice aveva prima accordati; 5° infine, quando si tratta di effetti di commercio negoziabili (Codice di commercio (art. 157 e 187 (156 e 187).

1245 (1198). — Il debitore di una cosa certa e determinata vien liberato consegnandola nello stato in cui si trova al tempo della tradizione ; purchè i deterioramenti sopravvenuti non derivino dal suo fatto o da sua colpa, nè dalle persone di cui dee rispondere ; e purchè non fosse in mora prima dei deterioramenti.

697. Il debitore che non è tenuto all'impossibile, e quindi è dispensato dal rilasciare la cosa dovuta, ove siasi internamente distrutta senza colpa nè fatto di lui (art. 1302 (1256)), sarà liberato rilasciando la cosa deteriorata, se essa sia stata in parte distrutta, ossia semplicemente deteriorata. Ma perciò bisogna che il deterioramento non derivi nè per colpa, nè da un semplice fatto del debitore; imperocchè la colpa, come sappiamo, anzichè estinguere la obbligazione, la farebbe nascere contro colui che non ne avea, e il semplice fatto non riprensibile, se non può far nascere un'obbligazione, non potrebbe nemmeno estinguerne una precedente.

Nel nostro articolo pertanto si parla con ragione *del fatto e della colpa*, nè bisogna ripetere ciò che spesso si è detto, che colle due espressioni si voglia indicare una sola idea. Imperciocchè, se un fatto può essere senza colpa, la colpa può essere anche senza fatto, potendosi peccare per semplice omissione, e con la parola generica *di fatto* non si possono comprendere che le colpe per azione.

698. Del resto, se bastava non esservi colpa nè fatto non era necessario aggiungere il caso della messa in mora. La mora è una colpa: *qui in mora est, culpa non vacat.* — Ma il nostro articolo che espressamente prevedeva il caso della mora avrebbe dovuto aggiungere, come ha fatto l'art. 1392 (1256), che la mora non nuocerebbe al debitore se si provasse che il deterioramento fosse avvenuto, non ostante che al tempo prefisso si fosse fatta

(1) Aix, 17 dic. 1813, Bordeaux, 28 febbr. 1814; Metz, 21 luglio 1821; Pau, 12 luglio 1822; Agen, 6 dic. 1824; Rig., 1 febbr. 1830; Parigi, 23 aprile 1831; Parigi, 2 ott. 1849; Colmar, 29 giugno 1850 (Dev., 31, 2, 162; 49, 2, 327; 51, 2, 272).

la consegna: non essendo più una colpa la mora che non reca alcun pregiudizio al creditore.

Adunque è necessario che gli art. 1245 e 1302 (1198 e 1256) conseguenze del medesimo principio, si completino l'uno con l'altro, rimettendo nel secondo *il fatto* di cui è parola nel primo, e in questo la idea secondaria aggiunta nell'altro rispetto alla mora.

Di leggieri si comprende, perchè la regola stabilita nel nostro articolo per il deterioramento della cosa, e riprodotta nell'art. 1302 (1256) per la distruzione, si applichi solo se la cosa sia un corpo certo, un oggetto individualmente determinato: se io vi debbo il *tal cavallo*, e non già semplicemente *un cavallo*, la morte o il deterioramento dell'animale che io aveva nella mia stalla, può mettermi nella *impossibilità* di rilasciare in buono stato l'oggetto a voi dovuto.

1246 (1199). — Se il debito sia di una cosa certa e determinata soltanto per la sua specie, il debitore per esser liberato non è tenuto a darla della specie migliore; ma non potrà darla nè pure della peggiore.

699. Essendo l'oggetto dovuto determinato non *in ipso individuo*, ma solo nella sua specie, o se si vuole nel suo genere; ad esempio, se vi ho promesso un cavallo, una botte di vino, ecc. non posso esser costretto a rilasciarvi un oggetto della miglior qualità; ma perchè in buona fede debbono eseguirsi le convenzioni (articolo 1134 (1088)), non posso nemmeno darvi quello di peggior qualità: dovendo conseguarvene uno d'una qualità mezzana, ordinaria. La stessa regola fu dettata per lo adempimento dei legati (articolo 1022 (977)).

Le circostanze del contratto spesso serviranno a determinare, in una specie più ampia (che diventa un genere) la sotto specie (o specie propriamante detta), in cui il debitore può fare la scelta. Avendovi comprato *un cavallo* senza ultra indicazione, ben si comprenderà, e dalla mia stessa professione, e dal prezzo stabilito, se debba essere un grosso cavallo, atto allo aratro e ai carri, o un cavallo di lusso; ciò determinato, si applicherà la regola del nostro articolo, rilasciando un cavallo di mezzana qualità, nella specie di cavalli che ebbero in mira le parti — Tali regole saranno similmente applicabili se la scelta per convenzione appartenga al creditore. Se io debba procurarvi per quel prezzo un cavallo che sarà di vostra scelta, si conoscerà di quale specie di cavalli intendasi parlare, e dal prezzo stabilito, e da tutte le altre circostanze; conosciuta la specie, voi dovete scegliere un cavallo di buona qualità mezzana.

700. Ma la parte che ha la scelta, non ha il dritto assoluto di prendere quell'oggetto che vorrà, se non quando nella convenzione si determini la specie dell'oggetto. Se, per esempio, mi sono obbligato a rilasciarvi non semplicemente *un cavallo*, ma *uno dei cavalli che sono nella mia stalla*, per questa più stretta determinazione la parte che ha la scelta, può scegliere quel cavallo che vorrà. — Il qual dritto di scelta assoluto esisterebbe sempre, anche quando si dovesse esercitare in tutta una specie, o se si vuole in tutta un genere, se fosse provato dalla convenzione o altrimenti aver così voluto le parti; e la regola che deve darsi una cosa di qualità mezzana, va applicata quando non siasi manifestata una diversa volontà.

5. Dove e a spese di chi debba farsi il pagamento.

1247 (1200). — Il pagamento debbe effettuarsi nel luogo destinato dalla convenzione.

Non essendovi destinazione di luogo, e trattandosi di cosa certa e determinata, il pagamento dee farsi nel luogo ove al tempo

del contratto si trova la cosa che ne forma l'oggetto.

Fuori di questi due casi il pagamento dee farsi nel domicilio del debitore.

701. Riguardo al luogo in cui deve farsi il pagamento, vi hanno tre regole.

1° Dapprima è chiaro doversi fare nel luogo che sia indicato dalla convenzione o espressamente o tacitamente: così incontrando in Torino nelle vacanze un amico che dimora insieme con me a Parigi, e convenendo di cedere a lui il mio cavallo per un tal prezzo posciachè ritorneremo dalle vacanze, il cavallo dovrà essere rilasciato in Parigi e non in Torino, sebbene ciò non sia stato detto.

2° Non essendosi nè espressamente nè tacitamente indicato il luogo, e l'oggetto essendo individualmente determinato, la consegna deve farsi nel luogo ove esso era quando si è formata la convenzione.

3° Non essendo indicato il luogo, e le cose non essendo determinate in *individuo*, il pagamento deve farsi al domicilio del debitore, tranne che non fosse un prezzo di vendita il quale deve essere pagato in contanti al rilascio della cosa venduta, dacchè allora il pagamento del prezzo secondo l'art. 1651 (1497) deve farsi nel medesimo luogo in cui l'oggetto si consegna.

702. Il domicilio del debitore in cui nel terzo caso, deve farsi il pagamento è quello che egli aveva quando facevasi il pagamento, e non l'altro che poteva avere nel punto della convenzione e che avrebbe poi mutato. Duranton (XII, 101) crede che si parli di quest'ultimo, ma ciò sembra a noi essere contrario al testo e allo spirito della legge.

Nel dire il testo che il *pagamento deve farsi al domicilio*, indica certamente il luogo che è domicilio al tempo del pagamento. Se avesse voluto indicar quello del giorno del contratto, avrebbe dovuto necessariamente spiegare, come fece per il secondo caso, che il luogo era quello in cui l'oggetto trovavasi al tempo della convenzione, non al tempo del pagamento. —Riguardo allo spirito, basta osservare che tal regola è posta per favoreggiare i debitori e facilitare le liberazioni. Nè ciò può esser dubbio, se ci riportiamo al passo di Pothier da cui fu cavato il nostro articolo, avvegnachè dica Pothier secondo Dumoulin, che la cosa dovrà pagarsi nel luogo ove deve dimandarsi, *ubi petitur*; ora la domanda deve farsi nel domicilio *presente* del debitore (art. 59 (151) Codice di procedura), non in quello che aveva al tempo della convenzione (Pothier, n. 513).

1248 (1201).—Le spese del pagamento sono a carico del debitore.

703. Gli è naturale che chi è tenuto a pagare, faccia le spese necessarie per il pagamento, le quali non altro sono che i mezzi di effettuarlo o comprovarlo. Spetta al debitore recare la cosa dovuta al luogo ove deve rilasciarsi e pagar le spese della quitanza. Dovendosi dar facoltà di disporre di beni ipotecati, che non è altro se non la quitanza data all'immobile del debito di cui era gravato, le spese necessarie dovrà pagarle l'immobile (cioè il debitore che ne è proprietario) e non già il creditore.

Del resto, il debitore non ad altro è tenuto se non se alle spese del pagamento; e di conseguenza egli pagherà quelle necessarie perchè la cosa fosse a vostra disposizione, e voi pagherete le spese per il trasporto di essa (art. 1608 (1454)).

Secondo il decreto del 1° luglio 1809 nei pagamenti fatti in moneta d'argento di somme da 500 franchi in sù, il debitore è tenuto di dare il sacco e lo spago, ritenendosi o facendosi pagare quindici centesimi per il sacco, il quale deve almeno esser capace di 1,000 franchi, e quindi il debitore non può consegnare o almeno far pagare più sacchi per poco oltre 1,000 franchi, salvo un dippiù per le somme che eccedano i 500 franchi; così un sacco da 500 a 1,000 franchi; due sacchi da 1,500 a 2,000 franchi, ecc.

§ 2.—*Del pagamento con surrogazione.*

704. Sotto l'art. 1236 (1189), numeri I e IV, abbiamo a dilungo spiegato che la surrogazione non può essere, come spesso si dice, il trasporto da un creditore ad un altro del *credito* che appartiene al primo, ma il trasporto dal primo al secondo creditore delle *garenzie* del credito del primo. Senza di che, se la surrogazione fosse il trasporto del credito stesso, siccome ogni pagamento estingue il debito, ne seguirebbe che le parole *pagamento con surrogazione* significassero *soppressione e conservazione, trasporto di un credito che si è annullato*, mentre significano semplicemente *estinzione di un credito* con *trasporto delle sue garenzie sul credito novello che lo sostituisce.*

1249 (1202).—La surrogazione ne' diritti del creditore a favore di un terzo che gli fa il pagamento, è convenzionale, o legale.

705. La surrogazione può venire o da una convenzione, o dalle stesse disposizioni delle leggi. L'art. 1250 (1203) tratterà della surrogazione convenzionale; lo art. 1251 (1204) della legale; l' articolo 1252 (1205) poi detterà alcune regole comuni all'una e all'altra.

1250 (1203).—La surrogazione è convenzionale;

1° quando il creditore, ricevendo il suo pagamento da una terza persona, la surroga ne' suoi diritti, azioni, privilegi o ipoteche contra il debitore: tal surrogazione debbe esser espressa e contemporanea al pagamento;

2° quando il debitore prende a prestito una somma, ad oggetto di pagare il suo debito, e di surrogare il mutuante ne' diritti del creditore. Perchè sia valida tale surrogazione, è d'uopo che la scrittura di prestito, e la quietanza si facciano innanzi notaio; che nella prima si dichiari di essersi tolta a prestanza la somma per fare il pagamento; e che nella quietanza si dichiari di essere stato fatto il pagamento co' danari somministrati a tale effetto dal nuovo creditore. Tal surrogazione si opera senza il concorso della volontà del creditore.*

SOMMARIO

I. La surrogazione convenzionale può essere fatta: 1° dal creditore con queste due condizioni: espressa dichiarazione; concorso della surrogazione e del pagamento.

II. Censura di Toullier, il quale vuole necessarie quattro condizioni.

III. Differenze fra la surrogazione consentita dal creditore, e la cessione.

IV. La surrogazione convenzionale può esser fatta: 2° dal debitore similmente con due condizioni.

* Il danaro somministrato per le spese del matrimonio e di monacazione non costituisce credito privilegiato, che per altro avea bisogno della iscrizione; e mancando la surrogazione convenzionale o legale, non può il mutuante far valere le ragioni delle donzelle monacate. C. S. di Napoli, 18 sett. 1849.

— Nella surrogazione che, ai termini dello articolo 1203, n. 2 leggi civili, avviene fra il debitore ed un terzo che gli dà il danaro a mutuo, a condizione di subentrare ne' diritti del primo creditore, non può costui rifiutare, senza alcuna ragione sufficiente, l'adempimento di questa condizione. C. S. di Napoli, 31 marzo 1853.

— La surrogazione che ha luogo ai termini del 2° comma dell'art. 1203, non può per qualsivoglia motivo essere impedita dal creditore; al quale perciò se si offrono delle fedi di credito, non può legittimamente rifiutarle sotto il pretesto di non voler prestare il suo consenso alla surrogazione. C. S. di Napoli, 10 marzo 1835. Cirillo e Cervo vel Caracciolo, P. M. Petrone.

I.—706. La surrogazione convenzionale può farsi: 1° fra il creditore ed un terzo senza il concorso del debitore, 2° fra il terzo e il debitore senza il concorso del creditore.

1°. La surrogazione può esser fatta dal creditore in vantaggio di colui che lo paga, mercè queste due sole condizioni: che la surrogazione sia espressa; che sia fatta ad un tempo che il pagamento.

Bisogna primieramente essere espressa la surrogazione, ma non debbono usarsi i medesimi termini del nostro articolo. Basta che il creditore dichiari di surrogare la persona che lo paga, non essendo necessario il dire che la surroga *in tutti i suoi diritti, azioni, privilegi*, ecc. La Corte di Riom ha dunque errato gravemente, giudicando il 12 gennaro 1809 non esservi piena ed intera surrogazione nell'atto con cui il creditore avea dichiarato di *surrogare* il Sig. Bonnet *allo effetto di due biglietti* che avea contro il sig. Burret: non vi è quanto agli effetti più specie di surrogazione; la legge non ammette una surrogazione totale ed una parziale, e quando il creditore ha dichiarato di *surrogare*, evvi certamente una surrogazione piena. Nemmeno è necessario che il creditore abbia usato la parola *surrogare*, bastando che avesse spiegato la cosa con dire che egli *surroga la persona in suo luogo e vece per esercitare i suoi dritti*.

In breve, la surrogazione deve esprimersi nell'atto, non importando in quali termini sia. —L'altra condizione che la legge vuole, è che la convenzione di surrogazione per colui che paga si faccia ad un tempo che il pagamento; non potrebbe farsi dopo, dacchè il pagamento fatto senza surrogazione avrebbe estinto non solo il credito, ma i suoi accessori, i quali estinti non si potrebbero più trasportare. Ma noi opiniamo con Dalloz (alla parola *Obbligazione*, pag. 561, n. 3) che la convenzione di surrogare possa farsi prima del pagamento, dappoichè allora, benchè stabilita prima, recasi sempre in atto nel punto stesso del pagamento; ed esistono ambe le condizioni richieste (1° che la surrogazione sia compita quando si fa il pagamento; 2° che sia espressa nella convenzione).

II.—707. Del resto richiedendosi dalla legge queste due condizioni, è di arbitrio il pretendere, come vuole Toullier (VII, 127) e il suo continuatore, Duvergier (*Vendita* II, 237), che s'intimi al debitore giusta l'articolo 1290 (1244) l'atto di surrogazione, o l'accettazione della surrogazione fatta dal debitore in un atto autentico. L'art. 1690 (1536) non parla affatto della surrogazione, ma solo della vendita o cessione dei crediti. Senza dubbio, il surrogato deve mettersi al coverto della mala fede del creditore surrogante, il quale potrebbe farsi pagare dal debitore ignaro della surrogazione; ma non dee farlo di forza coi mezzi indicati dall'art. 1690 (1536). Una carta privata con cui il debitore riconosce di aver avuto la notizia, o anche la semplice confessione di lui che gli si fosse fatto conoscere il pagamento con surrogazione, sarebbe bastevole a far dichiarar nullo il pagamento fatto al primo creditore, non ostante la notizia da lui ricevuta. Come del pari, perchè il surrogato fosse al coverto rispetto ai terzi, ed impedisse o un sequestro presso il creditore surrogato, ovvero una cessione, o una seconda surrogazione che il creditore consentirebbe di mala fede, basterebbe che l'atto di pagamento con surrogazione avesse data certa; e Toullier è parimente in errore, quando vuole che il creditore consegni i titoli, acciocchè il surrogato acquisti i dritti di colui che lo surroga; onde quattro condizioni sarebbero necessarie per la validità, mentre la legge ne vuole due.

Indarno allega qui Toullier l'art. 1141 (1095), secondo il quale se la cosa che taluno si è obbligato di dare o di consegnare successivamente a due persone è puramente mobile, quella fra esse cui ne fu dato il possesso reale, ne resterà proprietaria; avvegnachè cotesto articolo non possa applicarsi al caso nostro.—Esso infatti, come noi vedemmo, applica ad un caso speciale il principio generale dell'articolo 2279 (2185), cioè che il possesso di buona fede, quanto ai mobili, rende

immediatamente proprietario mercè la prescrizione. Vedremo (ed è un punto fermo) che l'art. 2279 (2185) non parla affatto dei crediti, ma dei soli mobili propriamente detti, dei mobili corporali; quindi non può qui entrare l'art. 1141 (1095).—Questo altro errore non ci sorprende in Toullier, il quale non ha compreso nè l'art. 1141 (1095) come abbiamo visto, e nemmanco lo art. 2279 (2185), poichè fa una lunga disquisizione (XIV, 105, e seg.) onde sostenere contro la evidenza, che i mobili sotto l'impero del Codice si prescrivano col possesso di *tre anni!*

III.—708. Non essendo la surrogazione una compra del credito, poichè suppone al contrario che il credito sia pagato e quindi estinto, ne segue che se la surrogazione si fosse fatta per una somma minore dell'ammontare del credito, il surrogato non potrebbe altro domandare dal debitore che la somma da lui pagata, e non già lo intero credito come farebbe un cessionario.

Infatti il credito che io compro è mio, qualunque ne sia il prezzo, ed il debitore è tenuto pagarmelo. Sarebbe anche il medesimo se il credito mi sia stato ceduto a titolo gratuito, dacchè allora ho il credito del precedente creditore. Ma non è più mio il credito quando ho fatto un pagamento con surrogazione mercè il quale il precedente credito si è estinto; non altro mi appartiene che un credito novello che deriva dal pagamento fatto in vantaggio del debitore. Posso adunque ripetere ciò che ho pagato, e non già un credito antico che più non esiste.

Se si fosse pagato meno dell'ammontare del credito, e risultasse chiaramente dai termini dell'atto, o dalle circostanze, che il creditore ed il terzo abbian realmente voluto che questo ultimo avesse lo intero credito, bisognerebbe osservare la volontà delle parti; ma ciò potrebbe farsi riconoscendo che le parti, non ostante i termini inesatti che si sieno adoperati, abbiano fatto una vera cessione e non un pagamento con surrogazione.

Se fatto un pagamento con surrogazione, si venisse in chiaro che il credito pagato più non esistesse, l'azione del surrogato contro il creditore pagato non sarebbe, come nel caso della vendita, la azione di garenzia accordata dallo articolo 1693 (1539), ma sì bene un'azione di restituzione dello indebito, che deriva dall'art. 1376 (1330). Più innanzi si comprenderà che queste due azioni presentano gravi differenze.

Altra differenza noi scorgeremo nell'articolo 1252 (1205) fra la cessione, e il pagamento con surrogazione.

IV.—709. 2° La surrogazione convenzionale può esser fatta in secondo luogo, senza il concorso del creditore, dal debitore che toglie ad imprestito una somma per liberarsi. Per ciò son pure necessarie due condizioni: 1° che sieno notarili l'atto di prestito e la quitanza del creditore; 2° che sia manifestato nell'atto di mutuo, che i danari son tolti in prestito per il pagamento da fare, e nella quitanza, che il pagamento è stato realmente fatto con quei danari. Non vuolsi altra condizione; e non è pur necessario il diro che le parti abbian voluto che il mutuante sia surrogato nei dritti del creditore; risultando ciò abbastanza chiaro da ciò che si è manifestato tanto nell'atto di mutuo, che nella quietanza.

Per la seconda specie di surrogazioni convenzionali, la legge vuole queste condizioni che erano anche richieste dall'ordinanza di Errico IV, quando la prima volta fu permessa tal surrogazione (acciocchè si rendessero facili i pagamenti delle rendite, che sotto Carlo IX, giunsero allo interesse del 12, ossia più dell'8 per %) nel fine di prevenire le frodi onde un debitore potrebbe a danno dei suoi creditori far rivivere immediatamente cause di preferenza già estinte.

1251 (1204).—La surrogazione ha luogo *ipso jure*:

1° a beneficio di colui che, essendo egli stesso creditore, paghi ad un altro creditore che abbia diritto di essergli preferito per cagion di privilegi o ipoteche;

2° a beneficio di colui che avendo acquistato un immobile, ne abbia impiegato il prezzo in soddisfazione de' creditori a favore de' quali il fondo era ipotecato;

3° a beneficio di colui che, essendo obbligato con altri o per altri al pagamento del debito, abbia interesse di soddisfarlo;

4° a beneficio dell'erede beneficiato che ha pagato di suo danaro i debitori ereditari.*

SOMMARIO

I, Vi sono quattro casi di surrogazione legale.

II. Sviluppamento intorno a ciascuno di essi.

I.—710. La surrogazione si effettua di pieno dritto e per la sola forza delle disposizioni della legge, nei quattro casi indicati dall'articolo, nei quali chi ha pagato il creditore aveva interesse di farlo, e di essere sostituito al creditore.

Del resto, sebbene la surrogazione legale si fondi nell' interesse di colui che fa il pagamento, non bisognerebbe da ciò inferire che debba aver luogo in vantaggio di qualunque persona interessata al pagamento che ha fatto. La surrogazione è di stretto dritto, una eccezione, e non può quindi aver luogo oltre i casi preveduti dalla legge.

II.—711. La surrogazione legale è ammessa:

1°. In vantaggio del creditore che paga un altro creditore che abbia sopra di lui una ragione di preferenza. Così il creditore chirografario che paga il creditore ipotecario del suo debitore, è di pieno dritto surrogato nella ipoteca. Si comprende in fatti, che il primo creditore poteva avere grande interesse ad essere sostituito all'altro, affinchè costui non facesse vendere in tempo inopportuno e con molto dispendio l'immobile ipotecato, dal ritratto della cui vendita sarebbesi forse pagato il debito ipotecario, mentre colla vendita in tempo e modo convenienti, si sarebbero forse potuti soddisfare i due debiti.

Così parimente un creditore ipotecario che paga un altro creditore ipotecario di un rango precedente, ovvero un creditore privilegiato.—E sebbene la legge parli solo di privilegi e di ipoteche che sono le cause più ordinarie di preferenza, la regola è per tutti i casi in cui il creditore pagato abbia sopra l' altro una qualunque causa legale di preferenza: così, quando di due creditori l'uno ha ricevuto in anticresi l'immobile del debitore, ovvero in pegno le sue mercanzie (vedi art. 2071, 2072 (1941 1942)) e se non è pagato ha il dritto di far vendere i beni di cui ha il possesso (art. 2073, 2078 (1943, 1959)), l'altro creditore pagando il primo sarà surrogato nei suoi dritti, come se pagasse un creditore ipotecario, non essendo diversa la condizione..

2°. In vantaggio dell'acquirente d'un immobile ipotecato che paga uno o più creditori ipotecari. — Questi è interessato a fare il pagamento ed essere sostituito ai creditori da lui pagati, trovando in tal sostituzione un mezzo onde conservare l'immobile acquistato. Pagando i primi creditori ipotecari fino alla concorrenza di una somma eguale al valore del *fondo*, non potrà più essere molestato nè dai creditori pagati (i quali non hanno più dritto) nè dai creditori posteriori, ai quali non importerebbe di continuare una spropriazione con la quale alla fine potranno essere pagate le ipoteche anteriori che oggi ap-

* Anche dopo l'aggiudicazione e sino alla chiusura della nota può un creditore posteriore pagare l'anteriore, e subentrare nel grado di esso. Corte suprema di Napoli, 4 apr. 1840.

— Un creditore graduato per una somma, se acconsente che sia pagata ad un altro creditore, non si dà luogo alla surrogazione legale. Corte suprema di Napoli, 11 febbr. 1851.

— Il terzo possessore non subentra per legge ne' diritti dei creditori che rimangono soddisfatti col prezzo di aggiudicazione, o con l'attribuzione del fondo spropriato in danno di lui. Corte Suprema di Napoli, 30 aprile 1853.

partengono agli acquirenti. — Questo secondo caso previsto dal nostro articolo, rientra certamente nel terzo, il quale di certo si applica a tutti quelli che essendo tenuti con altri e per altri al pagamento di un debito, avevano interesse di soddisfarlo; e il vostro acquirente interessato al pagamento dei creditori ipotecari, è pure tenuto al pagamento, non come obbligato personale, ma come possessore del fondo ipotecato. Ciò prova che non dobbiamo rigorosamente attenerci alla parola del nostro paragrafo, e dà la spiegazione del perchè non abbiam tenuto ragione delle parole « *che impiega il prezzo del suo acquisto* ». Infatti, l'acquirente se oltre il prezzo dello acquisto abbia impiegato al pagamento una somma, e quand'anche avesse prima pagato il prezzo al venditore, e con altri denari i creditori ipotecari, sarebbe sempre surrogato; e se tal dritto gli si volesse a torto negare per le parole del nostro paragrafo, egli l'avrebbe sempre giusta il seguente paragrafo.

Dunque la legge ha qui parlato del prezzo di acquisto, *de eo quod plerumque fit*, e perchè per l'ordinario l'acquirente impiegherà il prezzo dello acquisto al pagamento dei crediti ipotecari.

Se l'ipoteca de' creditori pagati dall'acquirente si estendesse sopra altri immobili diversi dallo acquistato, questi sarebbero pure ipotecati allo acquirente per effetto della sua surrogazione che dal Codice non fu ristretta all' immobile acquistato, come per l'antica giurisprudenza.

3°. In vantaggio di qualunque che abbia interesse a pagare il debito, essendovi tenuto con altri o per altri.

Così uno dei debitori in solido che paga per intero il debito, è surrogato in tutti i dritti del creditore contro i suoi condebitori coi *quali* era tenuto al pagamento; e se chi paga è un fideiussore, egli è surrogato nel dritto del creditore contro il debitore principale *per* cui era tenuto. È parimente come tenuto per altri bisogna riguardare il possessore dell' immobile ipotecato; non come tenuto col debitore, ma soltanto per il debitore, perchè costui solo è obbligato personalmente, e il possessore rispetto a lui è un fideiussore. La qual distinzione è molto importante come vedremo nel n. III del seguente articolo.

4°. Da ultimo, in vantaggio dell' erede beneficiato che paga del suo i debiti ereditari. — Egli quando non vi ha contanti ereditari con cui si possano soddisfare i debiti ereditari, ha grande interesse per soddisfarli del suo, acciocchè i creditori non facciano vendere inopportunamente forse, e non al giusto loro prezzo, i beni di cui tutto ciò che eccede il passivo della eredità deve a lui appartenere.

1252 (1205). — La surrogazione stabilita negli articoli precedenti ha luogo tanto contro i fideiussori, quanto contro i debitori: essa non può nuocere al creditore, allorchè non è stato pagato se non in parte. In tal caso egli può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— Nel caso di subingresso di più persone allo stesso creditore, sono tutte considerate in egual grado, nè si ha riguardo al tempo del subingresso. 12 febbraro 1822.

— La surrogazione legale si opera quando il credito del primo creditore si estingue col danaro del secondo creditore. 7 sett. 1850.

— La questione se la surrogazione ne' diritti di altri creditori, accordata con un giudicato, sia assoluta, ovvero limitata al prezzo di un designato cespite, consistendo tutta nella interpetrazione dello stesso giudicato dal quale il subingresso procede, è questione di fatto non soggetta a censura. 11 febbraro 1851.

— Il principio che la surrogazione non può nuocere al creditore quando è stato pagato di una parte, non è applicabile al caso in cui quello che invoca un tal principio non è il creditore nelle cui ragioni il subingresso ha avuto luogo, ma un creditore del surrogatario. Nè costui può dire che, essendo creditore del surrogatario, ciò che al medesimo veniva per virtù della surrogazione, ricadeva sempre sotto l'afficienza della sua ragione creditoria; potendo egli sperimentarla in linea di sott' ordine o di opposizione al rilascio del man-

SOMMARIO

I. La surrogazione trasferisce al surrogato, nei limiti del suo credito, tutte le garenzie che appartenevano al primo creditore.

II. Iniqua eccezione a questo principio per il pagamento parziale. — Il dritto di preferenza esclusiva così riserbato al creditore passerebbe nel suo cessionario, ma non nel secondo surrogato. — Osservazioni.

III. Le garenzie del creditore passano al surrogato per quanto riguarda il credito di costui. — In che modo può agire il surrogato quando parecchi sono obbligati al debito.

I. — 712. La surrogazione, o legale o convenzionale, pone sempre il surrogato nel luogo del creditore, non già quanto allo stesso credito, ma quanto alle garenzie di esso che passano tutte sul credito del surrogato. Così colui che ha pagato un credito privilegiato o ipotecario, sarà garentito dal medesimo privilegio, o dalla medesima ipoteca: se il credito pagato con surrogazione avesse la garenzia di uno o più fideiussori, il surrogato potrà ottenere il suo credito contro gli stessi fideiussori. In breve, tutte le garenzie che proteggevano il credito estinto, proteggeranno similmente il credito del sorrogato. Il nostro articolo parla specialmente dei fideiussori, non per escludere le altre specie di garenzia, ma per istabilire invece l'effetto assoluto della surrogazione, e prevenire i dubbi che avrebbero potuto sorgere quanto al trasporto della fideiussione. Infatti, nel progetto non esisteva la prima frase del nostro articolo, e vi fu aggiunta a richiesta del Tribunato, « per far cessare quello ondeggiamento di giurisprudenza che esisteva un tempo fra alcuni tribunali superiori, ad esempio, fra il parlamento di Parigi e quello di Rouen, il quale decideva che con la surrogazione si estingueva l'obbligo dei fideiussori » (Fenet, t. XIII, p. 159).

Ma le garenzie si trasportano sul credito del sorrogato entro i limiti nei quali il credito esiste. Non v'è accessorio senza principale; quindi se il surrogato ha un credito minore di quello del primitivo creditore, ovvero se lo ha contro meno persone, le garenzie accessorie del credito non si estenderanno oltre lo stesso credito. Torneremo al n. III su tale idea; ma qui è necessario stabilire che il credito del surrogato nei limiti di cui è capace, riceve le garenzie del creditore primitivo; in ciò appunto consiste la surrogazione.

II. — 713. Nella seconda parte del nostro articolo evvi per il pagamento parziale un'eccezione al principio sopra riferito, che fu ammessa senza dubbio per disaccortezza, e che non può farsi a meno di dire che sia iniqua. La sorrogazione, dice la legge, quando il pagamento è parziale, *non può nuocere* al creditore. Gli è troppo giusto, e se il nostro articolo si fermasse lì, non andrebbe soggetto a censura. Ma disgraziatamente va oltre, e sotto il pretesto di non nuocere al creditore, accorda a costui in tal caso un mostruoso vantaggio a danno del surrogato; aggiungendo che il creditore per la parte non pagata, potrà esercitare i suoi dritti in *preferenza del surrogato*.

Pietro ha contro Paolo un credito ipotecario di 12,000 franchi; gliene pago una metà, facendomi surrogare per la parte pagata. Si vende la cosa ipotecata, e per cattive circostanze se ne cavano, fatte tutte le spese, 6,000 fr. Pietro a cui se ne debbono 6,000 eserciterà per essi il suo dritto *in preferenza di me*, cioè prenderà i 6,000 fr. che provengono dalla espropriazione, ed io non avrò nulla. Così Pietro, non ostante che il suo debitore sia insolvente, e non gli possa pagare più di 6,000 fr. avrà per intero i suoi 12,000

data, quando in fatto si ha che non ha sperimentato questo diritto, e che le ragioni nascenti dalla surrogazione erano già state cedute ad un terzo. 12 agosto 1852.

per il pagamento dei miei 6,000 fr. Così la legge intende ordinare gli effetti della surrogazione parziale, per modo che non *noccia* al creditore.

Questo caso bisognava lasciarlo sotto il dritto comune, dicendo che il surrogato posto nel luogo del creditore, avrebbe per la parte nella quale è surrogato *i medesimi dritti* che il creditore conserva pel rimanente.—In questa maniera il creditore e il surrogato, a ciascuno dei quali eran dovuti 6.000 fr. sarebbero venuti in concorso sul ritratto della vendita: ciascuno avrebbe avuto 3,000 franchi, cotalchè il creditore, anzichè perdere alcuna cosa colla surrogazione consentita in parte, avrebbe guadagnato i 3,000 fr. che perderebbe il surrogato, e che senza la surrogazione egli non avrebbe mai avuto.

Tale eccezione del nostro articolo è tanto più inesplicabile, in quanto che al postutto fra il creditore surrogante, e il surrogato si riesce a negare qualunque surrogazione nel caso che trattiamo. Infatti dire che il creditore, per ciò che ancora gli si deve, sarà anteposto a colui che gli paga una parte, importa che questi non è posto per tal parte nel luogo del creditore; or se gli è così, non è quindi surrogato. essendo la surrogazione il sostituire chi paga nel luogo e invece del pagato. Pertanto il nostro articolo significa che il pagamento, anche formalmente dichiarato fatto con surrogazione, non importa mai surrogazione rispetto al creditore, quando è parziale, e non estingue tutto il debito. Regola tanto strana quanto ingiusta, ma è formale: *statuit lex*. La surrogazione, cioè il diritto che ha colui il quale ha pagato, di pretendere per la sua porzione le garenzie che appartenevano al creditore, esisterà in questo caso per tutti gli altri, tranne che pel creditore.

714. E siccome secondo tal bizzarra regola la frazione del credito, o il credito minore rimasto al creditore in parte pagato, gode, escluso quello che ha pagato, delle garenzie che proteggevano primamente l'intero credito, così se il credito più piccolo favorito oltremodo, e non sappiam perchè, passa ad altri in forza di vendita, permuta, donazione, legato, o altramenti, e in modo che sia lo stesso credito, il nuovo acquirente, rispetto a chi è imperfettamente surrogato, avrà i medesimi dritti dello stesso creditore: avvegnachè lo acquirente novello possieda *lo stesso credito*. Ma se il creditore, anzichè trasmettere quella frazione di credito, ne ricevesse il pagamento con surrogazione alla seconda parte del credito, allora, siccome il secondo surrogato non potrebbe dire di avere il medesimo credito (dacchè il credito sarebbe estinto), le cose rientrebbero nel dritto comune, i due surrogati avrebbero identici dritti, e verrebbero in concorso.

715. Ben si comprende, che la regola del nostro articolo, essendo un'eccezione stranamente rigorosa, non potrebbe essere applicata dalla surrogazione alla cessione. Se dunque il creditore invece di ricevere *il pagamento*, e di estinguere così una parte del suo credito, vendesse, permutasse, o altrimenti cedesse questa parte di credito; in tal caso, siccome l'acquirente ottiene non più soltanto le *garenzie* del credito primitivo, destinate a proteggere un novello credito che sorge in suo vantaggio (garenzie snaturate dalla regola del nostro articolo), ma *il credito* stesso primitivo per una parte, l'acquirente riceverà questa parte di credito con l'indide che ha, con quella che conserva l'altra parte rimasta presso il creditore, e quindi il creditore primitivo, e il surrogato avrebbero identità di dritti.

716. Facciamo un' ultima osservazione sul modo troppo largo con cui fu dettata la disposizione di cui qui trattiamo. Il nostro articolo dice che « nel caso di pagamento in parte, il creditore può far valere le sue ragioni pel restante che gli è dovuto, in preferenza di colui dal quale ha ricevuto il pagamento parziale ». Presa alla lettera tal disposizione, potrebbe dare a credere che il creditore, a cui si è pagata una parte del suo credito, debba essere preferito pel restante che gli è dovuto,

quale che sia il suo credito, e quand'anche non avesse alcuna speciale garenzia. Sarebbe un errore, e la preferenza non è, nè può essere accordata che per lo esercizio delle garenzie. Così il creditore sarà anteposto al surrogato per profittare d'un privilegio, d'un' ipoteca, d'una fideiussione, ec.; ma il pagamento si farebbe tra loro a contributo, se fosse un credito ordinario che non avesse alcuna speciale garenzia.

Infatti il nostro articolo non ha fatto se non se creare una causa di preferenza fra i varî creditori dello stesso debitore; restringendosi a permettere che il creditore pagato in parte, conservi e faccia valere, prima di colui che lo ha pagato, i mezzi di preferenza *che a lui già apparteneranno*.

Se dunque non vi ha alcun mezzo di preferenza, l'articolo non può più applicarsi, e i due creditori che hanno allora un credito ordinario, vengono necessariamente in concorso. In altri termini, il nostro articolo è fatto per la surrogazione, che è il trasporto fatto ad un novello creditore delle garenzie del primo. Ma quando il primo non ne aveva alcuna, non vi può essere surrogazione, nè può applicarsi il nostro articolo.

È ciò così vero, che se stando più alle parole che alle cose, si voleva pretendere esservi similmente surrogazione, sebbene a nulla giovasse; colui che ha fatto il pagamento in parte sarebbe sempre libero di rinunziare alla surrogazione, e venire come creditore non surrogato, e senza invocare per nulla i dritti del creditore primo, e pretendere semplicemente il credito che è nato per lui dalla gestione di negozio; e siccome egli si trova di faccia ad un altro creditore che non ha al pari di lui alcuna causa di preferenza, si dovranno ammettere tutti e due a concorrere.—Giova ripeterlo, l'articolo è fatto per il caso in cui il creditore in parte pagato abbia qualche speciale garenzia, nella quale è stato surrogato quegli che paga, garenzia di cui lo esclusivo beneficio egli *conserva* di faccia a quest'ultimo.

III.—717. Abbiamo già fatto osservare che le garenzie le quali per effetto della surrogazione son trasferite sul novello credito, non possono, come è di ragione, estendersi oltre il credito stesso. Quando il creditore ha voluto tenersi come pagato, e consentire la surrogazione, mercè una somma minore dell'ammontare del credito, cotalchè il surrogato è creditore di questa sola somma, per questa soltanto egli avrà l'ipoteca o altra garenzia, che la surrogazione gli ha trasmesso. Così pure, essendovi parecchi debitori in solido, per esempio tre, se uno dei tre debitori è surrogato al creditore, potrà aver solo azione contro i due, sebbene il creditore l'avesse contro tre. Pertanto non può prendersi alla lettera la disposizione, che la surrogazione trasporta al surrogato tutte le garenzie del creditore primitivo, quali per costui esistevano: il surrogato riceve le garenzie del creditore, ma in quanto il suo credito ne è capace, e l'azione di lui non avrà sempre la medesima latitudine, nè sempre si eserciterà contro quelle persone, contro cui poteva agire il creditore.—Rassegniamo i diversi casi.

718. Se al debito eran tenute più persone, e il pagamento di esso con surrogazione si è fatto appunto da una di esse, gli è necessario, affinchè si determini il dritto di azione del surrogato, che si distingua, se egli fosse soltanto tenuto *per altri*, non essendolo personalmente, ovvero se lo fosse *con altri*, essendo egli stesso debitore per la sua parte.

Essendo il surrogato personalmente debitore, non ha azione per quella parte che dovea rimanere a suo carico, e per il restante non può agire contro i suoi coobbligati che per la parte di ciascuno, il che vien formalmente dichiarato dagli articoli 875 e 1214 (795 e 1167) che positivamente smentiscono la contraria dottrina di Toullier (VII-163). Il debitore surrogato non ha alcuna azione contro coloro che eran tenuti al pagamento per lui e pei suoi condebitori, non essendo essi medesimi debitori.

Quando al contrario colui che non era

personalmente debitore, è tenuto solo per altri ha fatto il pagamento; egli può agire per lo intero contro ciascuno dei debitori, e per la parte di ciascuno contro quelli che erano tenuti al pari di lui pei debitori.

Non bisogna parlare del caso in cui quegli che è stato surrogato era del tutto estraneo al debito, nè tenuto con altri nè per altri; il surrogato potrà certamente agire contro tutti quelli contro cui lo poteva il creditore e colla stessa latitudine—Ci occupiamo solo del caso in cui un surrogato era egli medesimo tenuto, o con gli altri (essendo egli stesso uno dei debitori) o solo per altri (come un fideiussore, un terzo possessore di beni ipotecati, ecc.). Allora si applicheranno le regole da noi indicate.

Supponiamo un'obbligazione di 9,000 fr. contratta in solido da tre debitori, e garentita in solido da tre fideiussori: se uno dei tre debitori paga per intero il debito, potrà agire per 3,000 franchi contro ciascuno dei due condebitori, e non già contro i fideiussori; se invece uno di questi ultimi paga il debito, potrà agire per l'intero contro ciascuno dei debitori, e per 300 contro ciascuno degli altri due fideiussori (art. 1214, e 2033 (1167 e 1905)). —Compreso questo esempio, fa d'uopo generalizzarlo pareggiando ai condebitori in solido tutti quelli che son tenuti personalmente al debito, e ai semplici fideiussori quelli che son tenuti per altri. Quando per un debito sono ipotecati parecchi immobili posseduti da varie persone, se uno dei debitori ha pagato il debito, potrà agire contro i suoi condebitori per la parte di ciascheduno (art. 875 (795)), e non già contro i semplici terzi possessori di beni ipotecati al debito; se invece uno dei terzi possessori ha soddisfatto il debito, agirà per l'intero contro qualunque debitore che possieda un immobile ipotecato; ma contro gli altri terzi possessori, non potrebbe agire che per la porzione di ognuno (che sarebbe calcolata in questo caso, secondo il valore relativo degl'immobili da essi posseduti).

719. Diremo in breve, comprendendo col nome generico di fideiussori tutti quelli che son tenuti al debito per altri, non essendo personalmente debitori; 1° per un estraneo, o contro i debitori, o contro i fideiussori, ed altresì per i fideiussori contro un debitore, la surrogazione produrrà il suo pieno effetto, e il surrogato potrà agire per l'intero siccome il creditore; 2° dai debitori contro gli altri debitori, e da un fideiussore contro gli altri fideiussori, non si potrà agire che per una porzione, sebbene il creditore avesse potuto agire per lo intero; 3° per un debitore contro i fideiussori la surrogazione è inefficace, e non si può affatto agire.

§ 3. — *Della imputazione dei pagamenti.*

1253 (1206).—Il debitore che ha più debiti, ha dritto di dichiarare, quando paga, qual debito intenda di soddisfare.

720. Quest' articolo, sebbene sembra comprendere tutti i casi in cui un debitore sia tenuto a più obbligazioni rispetto a un solo creditore, parla solo di colui che ha diversi debiti con lo stesso oggetto, dappoichè, se ogni debito ne avesse uno diverso, il fatto stesso dimostrerebbe quale dei due s'intenda pagare.

Del resto, il debitore di più obbligazioni che abbiano oggetti della stessa specie, non può soddisfare quella che vuole in pregiudizio dei dritti del creditore. Per grazia di esempio, se non fosse corso ancora il debito che egli vuole soddisfare, il creditore nell'interesse di cui fu stipulato il termine, non potrebbe costringersi a ricevere il pagamento. Similmente, se un debitore il quale deve ad un tempo un capitale ed interessi, o frutti corsi del capitale, e non fa un pagamento con cui si possono estinguere gl'interessi e il capitale, non potrà imputare sul capitale di preferenza agli

interessi o ai frutti. Ciò vien dichiarato dal seguente articolo, spiegando il quale vedremo (n. III) che quest' ultimo caso non è nemmeno un' eccezione alla regola, la quale è fatta per il caso in cui vi siano *più debiti*, e allora vi è un sol debito che comprende gli interessi e il capitale.

1254 (1207).—Il debitore di un debito che produce frutti o interessi, non può senza il consenso del creditore imputare nel capitale, in preferenza dei frutti e degli interessi, ciò che egli paga. Il pagamento fatto in conto del capitale e degli interessi, se non è integrale, s'imputa prima negl'interessi.*

SOMMARIO

I. Il pagamento che la quietanza dichiara fatto per capitale ed interessi o frutti, *si imputa sui frutti ed interessi. Se nulla si dice nella quietanza, è una questione di fatto tanto per una rendita, che per un capitale esigibile, se ciò che eccede quel che è dovuto per interessi, debba imputarsi per capitale, ovvero se debba ripetersi come indebitamente pagato.*

II. Confutazione della contraria dottrina di Pothier e di Duranton.

III. L'articolo si applica soltanto agli interessi compensatori. Censura di Delvincourt e di Zachariae.

I.—721. Se nella quietanza il debitore ha dichiarato di fare il suo pagamento *per il capitale* e *gli interessi*, ovvero (se si tratta di una rendita) *per il capitale e pei frutti*, non basta che la parola *capitale* sia scritta pria delle parole *interessi* o *frutti*, perchè più non si applichi la regola naturale che il pagamento debba prima imputarsi sui frutti od interessi, e poi sul capitale quel che sopravvanza.

Ma se, tuttochè siesi pagata e ricevuta una somma maggiore dello ammontare degl' interessi o dei frutti, ma non bastevole a soddisfare anche tutto il capitale, nulla si fosse detto nella quietanza, bisognerebbe pur dire che ciò che sopravvanza si è imputato sopra una parte del capitale, ovvero che sia una somma indebitamente pagata, e che può ben ripetersi dal debitore? È questa una questione di fatto e di intenzione, che, valutate le circostanze, sarà decisa dai giudici. Una porzione del capitale sarà estinta e non si sarà pagato lo indebito, se in fatto si riconosce che le parti abbiano ciò voluto fare; se al contrario il debitore senza disegno, per errore, e credendo pagar solo gl'interessi, abbia dato una somma maggiore, si sarà pagato un indebito, dacchè il debitore, facendo un calcolo inesatto degl'interessi, ha creduto, e inteso pagare interessi non dovuti.

II.—722. È dunque una questione di intenzione, un punto di fatto; ed è a maravigliarci della soluzione data qui da Pothier, e ripetuta alla lettera da Duranton (Pothier, n. 533, § 3 e 4. Duranton n. 192, § 5 e 6).

Pothier dice, che trattandosi non d'una rendita, ma di un capitale ordinario, quando pure la imputazione fosse stata fatta espressamente *sugl' interessi* soltanto, e senza *parlare del capitale*, ciò che sopravvanzerebbe gl' interessi, s'imputerebbe ugualmente sul capitale; ma al contrario, trattandosi di una rendita, il debitore, che avesse PER ERRORE pagato per interessi più che non dovea, potrebbe ripetere il dippiù pagato. Or qual cosa più strana?

* Quando gl'interessi son dovuti *jure actionis*, come con l'azione *ex judicato*, qualunque pagamento s'imputa prima agl'interessi e poi alla sorta. C. S. di Napoli, 7 nov. 1826.

— La questione, se l'imputazione siasi fatta sul capitale o sugl'interessi, è di fatto, e perciò la decisione va esente da censura. C. S. di Napoli, 30 aprile 1839.

— È viziosa la imputazione disposta dai magistrato sulla somma complessiva di sorte ed interessi. C. S. di Napoli, 3 dicembre 1850.

E primieramente, se si trattasse di rendita, gli è vero che potrà ripetersi quella somma eccedente gl' interessi pagata *per errore*; ma la questione sarà appunto se il pagamento di una somma che ecceda lo ammontare degl'interessi, siesi fatto per errore, ovvero con intendimento di estinguere una parte del capitale della rendita. E se, quantunque nella quietanza nulla siesi detto, si provi dalle circostanze, che si è voluto estinguere una parte del capitale; per mo' di esempio, se per una rendita di un capitale di 30,000 fr., in una prima quietanza del 1840 si dice distesamente avere il creditore ricevuto 11 mila e 500 fr. cioè, 1,500, per gli interessi di un anno, e 10,000 sul capitale, e l'anno appresso si fa una seconda quietanza senza nulla spiegare, per il pagamento di altri 11,000 franchi, non sarebbe chiaro che col nuovo pagamento siesi voluto soddisfare i 1,000 fr. d' interessi dovuti per un anno, e poi un secondo terzo del capitale della rendita?

Ed ora non è assolutamente lo stesso in dritto, sia che si tratti di una rendita o di un capitale ordinario esigibile? Se invero si può credere che il sopravvanzo di ciò che è dovuto per gl' interessi, sia stato dato per una parte del capitale, questa parte sarà estinta; ma se per questo caso si suppone, come per l' altro della rendita fanno Pothier e Duranton, che il dippiù siesi pagato per errore, certamente si potrà ripetere. Se debbo a Pietro 4, mila fr. e a Paolo 20,000 da pagarli in più anni, pagando per avventura a Pietro non i 200 fr. che gli doveva per interessi di un anno, ma i 1,000, franchi che nello stesso giorno doveva dare a Paolo, e Pietro me ne ha fatto quietanza, si proverà di leggieri il mio errore, e quindi non potrò esser costretto a lasciare a Pietro gli 800, fr. datigli di più, e che gli devo in tre o quattro anni.

723. È pertanto inesatta la soluzione di Pothier e di Duranton. Tanto per la rendita che per il capitale esigibile, è questione d'intenzione, punto di fatto che si deciderà colle circostanze, il conoscere se, ove nulla siasi detto nella quietanza, ciò che si è pagato oltre gl' interessi o i frutti debba imputarsi sul capitale o possa ripetersi. Nell'uno e nell'altro caso il dippiù dovrà ripetersi, se fu pagato per errore; s'imputerà sul capitale, se così intesero fare le parti. Le sole differenze che potranno presentare i due casi saranno circostanze, che potranno render facile la soluzione in questo piuttosto che nell'altro senso: se per grazia di esempio, si trattasse di un capitale esigibile al presente scaduto, si comprende che il dritto del creditore di domandarne immediatamente il pagamento conferirebbe molto a far credere che il creditore abbia voluto pagare una parte del capitale che gli si poteva domandare intero.

III. — 724. Delvincourt e Zachariae (II, pag. 369) insegnano doversi il nostro articolo applicare tanto agl'interessi moratori, che ai compensatori, rigettando così la distinzione che sul proposito faceva Pothier (n. 534). — Siffatta decisione ci sembra erronea, contraria insieme ai principi, al testo del nostro articolo, e a ciò che fu detto nella discussione del Consiglio di Stato.

Gl'interessi compensatori, cioè quelli che voi mi dovete per il godimento del mio capitale, altro non sono che i prodotti, i frutti del capitale; il debito del capitale, e quello degl' interessi non sono allora, parlando propriamente, due debiti distinti, ma un solo che ha per oggetto un principale ed un accessorio. Dunque non si poteva applicare a tal caso il principio che il debitore di più debiti è libero di soddisfar questo, anzichè quello. Ma se trattasi al contrario di una somma non produttiva d'interessi, e per la quale gl'interessi son dovuti come a ristoro del ritardato pagamento, allora il debito degl' interessi è perfettamente distinto da quello del capitale, e spesso avrà anche una diversa origine, poichè l' uno deriverà da un contratto, e l'altro dal danno recato al creditore, cioè da un quasi-contratto o quasi-delitto (art. 1382, 1383 (1336, 1337)); vi son quindi due debiti affatto distinti;

la vostra obbligazione di rilasciarmi un cavallo non può confondersi con quella di pagarmi 100 franchi di ristoro per non avermi procurato il cavallo nel giorno posto. Or se in questo caso vi son propriamente due debiti, siamo dunque dentro il principio, a cui era sottratto il primo caso, cioè, che il debitore di più debiti è libero di soddisfar questo, anzichè quello.

Il testo non può avere altra significazione, parlando soltanto di *un debito che produce frutti* o *interessi*. Quand' anche la espressione di *debito che produce frutti* non fosse chiaramente spiegata coll'altra, o *che produce interessi*, basterebbe per se sola; non potendosi chiamar debito che produce frutti quello che non produce per se stesso alcun interesse, e per cui l'interesse deriva non *dal debito*, ma solo *dal danno* recato per lo inadempimento di quello.

Finalmente, essendosi censurato il nostro articolo nel Consiglio di Stato da Rèal come *innovativo*, lo difese Treilhard con dire, che se un tempo s'imputavano i pagamenti parziali sul capitale, quando gl'interessi *erano dovuti per il ritardato pagamento di un debito* che *naturalmente non doveva produrne*, s'imputavano al contrario sugl'interessi, *quando questi naturalmente e legalmente erano prodotti dal debito*. E siccome Réal avea preteso che l'articolo si dovesse restringere agl'interessi del prezzo *delle cose fruttifere*, rispose Treilhard, che se le consuetudini adottarono il principio che il danaro non deve dare interessi, diverso sistema fu tenuto da alcuni Parlamenti dei paesi di dritto scritto, e quest' ultimo era più conforme alla presente legislazione, che riguarda il danaro come capace di produrre interessi (Fenet, tom. XIII, pag. 78, 79).

Gli è dunque certo che il nostro articolo si è voluto soltanto applicare agli interessi prodotti direttamente dal debito, non a quelli che derivano soltanto dal ritardato pagamento, e i principî di Pothier furono in ciò solo modificati che, sotto il Codice i semplici debiti di danaro, e non solo i debiti di un prezzo di cose fruttifere possono direttamente produrre interessi.

1255 (1208).—Quando il debitore che ha più debiti, abbia accettato una quietanza, colla quale il creditore abbia specificatamente imputato sopra l'uso di essi la somma ricevuta, il debitore non può chieder più che l'imputi sopra un debito diverso; purchè non siavi stato dolo o sorpresa per parte del creditore.

725. Non facendo il debitore la imputazione come ne ha la facoltà dall'articolo 1253 (1206), può farla il creditore; e la indicazione inserita intorno a ciò nella sua quietanza produce tutto il suo effetto, quando la quietanza è ricevuta dal debitore, purchè per parte sua non vi sia nè dolo, nè sorpresa.

Che il debitore possa impedire la imputazione fatta dal creditore, provando che per parte di costui vi sia stato dolo, ciò esce dai principî generali (articolo 1116 (1070)); ma il nostro articolo, riproducendo in ciò la dottrina di Pothier (numero 529, § 7) andando più in là gli permette d'impugnare ancora l'imputazione, per esservi stata solo una semplice sorpresa, ma non una di quelle pratiche che costituiscono il dolo. Ad esempio, se il creditore ha cavato partito della ignoranza o della semplicità del debitore per fare una imputazione che costui non ha compresa, i tribunali la potranno dichiarar nulla, sebbene non siasi fatta o detta cosa alcuna dal creditore per trarre in inganno il debitore.

1256 (1209).— Quando la quietanza non esprima veruna imputazione, il pagamento si dee imputare nel debito che a quella epoca il debitore avea maggior interesse di estinguere fra quelli che fossero egualmente maturi: altrimenti s'imputerà sul debito scaduto, quantunque meno oneroso di quelli non per anco scaduti.

Se i debiti sieno di egual natura, l'imputazione si fa sopra il più antico: in parità di cose si fa *pro rata*.*

726. Se nè il debitore, nè in sua vece il creditore han dichiarato qual debito si vuole estinguere, la legge medesima fa la imputazione secondo le seguenti regole:

1°. Se di due debiti uno è scaduto e l'altro no, il pagamento s'imputa sul primo.

2°. Se i debiti sono tutti e due scaduti, ovvero se nè l'uno nè l'altro sieno scaduti, benchè di questo caso non parli la legge, la imputazione legale si fa su quello che al debitore premeva più di soddisfare, cioè sul più oneroso. Così la imputazione si farà sopra un debito che porti arresto di persona, anzichè sopra gli altri; piuttosto su quello che produca interessi, che su quelli che non ne producono; sopra un debito ipotecario, anzichè sopra uno chirografario; su quello per cui il debitore abbia dato fideiussione, piuttosto che su quello a cui era solo tenuto (avendo maggiore interesse a sdebitarsi insieme con due, anzichè con uno). Se un debito sia più oneroso di un altro sotto un riguardo, e meno oneroso sotto altro riguardo; per mò di esempio, se il primo produce interessi e l'altro no, ma il primo è chirografario, e l'altro ipotecario. sarà determinato secondo le circostanze quale dei due fosse al postutto più oneroso.

3°. Se l'un debito non è per indole sua più oneroso dell'altro, e sieno scaduti questo e quello, si imputerà sul più antico, o sia su quello scaduto da più tempo; e deesi ammettere per analogia che quando i debiti non sono scaduti, ed hanno simigliante natura, s' imputerà su quello che sta per iscadere.—Il debitore potrebbe avere interesse di soddisfare il debito meno antico, essendochè il più antico sia per prescriversi; ma la legge non poteva tener ragione di siffatto interesse, e non essendovi un'onesta ragione di preferenza, ha dovuto supporre che il debitore si voglia liberare di ciò che ci doveva da più lungo tempo. Se le cose fossero assolutamente uguali, e non vi fosse alcuna delle soprariferite ragioni per estinguere questo anzichè quell'altro debito, il pagamento si imputerà in proporzione sopra tutti.

§ 4. — *Delle offerte di pagamento e del deposito.*

727. Il capriccio o il malvolere di un creditore non può rendere perpetua l'obbligazione del debitore, negandosi di ricevere l'oggetto dovuto che quello gli vuol consegnare. Conveniva pertanto si dichiarasse che le offerte del debitore equivarrebbero per lui, poste alcune condizioni, od un pagamento e ad un mezzo onde liberarsi.

Ciò ha fatto il nostro paragrafo di cui non è facile cogliere il senso, essendovi una grande confusione.

Il creditore in tre diversi casi può negarsi di ricevere l'oggetto dovuto che gli si vuol consegnare: 1° per una somma determinata; 2° per un corpo certo, cioè una cosa determinata *in individuo*, come il tal cavallo, la tal botte di vino, ec; 3°

* Massime della C. S. di Napoli.

—Non può farsi luogo a quistione d'imputazione quando ciò che si paga è di genere diverso da ciò che si ha diritto a conseguire. Per esempio, pagandosi contanti, la imputazione non può farsi che al credito di contanti, e non a quello di generi. 3 marzo 1827.

— Nella esistenza di più debiti il giudice non può fare l'imputazione dei pagamenti se non tenendo presenti le quietanze, qualora esistano. 11 nov. 1848.

— Trattandosi di credito unico, fondato sulla medesima causa, e pel quale sieno state prese successivamente diverse iscrizioni parziali, non può il creditore essere obbligato nel giudizio dei gradi, ad imputare sulla prima iscrizione la somma ricevuta, massime quando niuna imputazione sia stata fatta dal debitore. 21 giugno 1851.

— Se due sono i debiti, e si ritiene che amendue siano garentiti da ipoteca, è inutile esaminare su quale de' due debba farsi l'imputazione d'una somma ricevuta in conto. 3 marzo 1853.

per cose non determinate *in individuo*, e indicate soltanto per la loro specie, come un cavallo, una botte di vino. Or il Codice, anzichè distinguere con chiarezza queste tre ipotesi, entra in una confusione di regole mal determinate, contraddittorie, che formano insieme per dir così un inestricabile labirinto. Egli pone dapprima nell'art. 1257 (1210) un principio che dichiara formalmente applicarsi a tutti i casi, e che poi non può applicarsi che ai soli debiti di somme determinate; e dettate altre regole, le più delle quali potrebbero sembrar fatte pei tre casi, mentre possono egualmente applicarsi al solo primo, stabilisce coll' art. 1264 (1217) ed ultimo una regola, anche incompleta, speciale al caso di un corpo certo; poi mette fine al paragrafo senza aggiungere una parola per il caso di cose determinate che non sieno danari.—Vedremo come il difetto di metodo del Codice abbia tristamente nociuto agli scritti dei suoi interpetri, nei più dei quali incontriamo le medesime contraddizioni che ha la legge.

Onde evitare tal confusione, e mettere maggior luce in questa materia, noi mano mano e distintamente parleremo 1° dei debiti di somme determinate; 2° di quelli di corpi certi; 3° di quelli che han per oggetto cose indeterminate che non sia danaro.

1. Dei debiti di somme determinate.

1257 (1210).—Quando il creditore ricusa di ricevere il pagamento, il debitore può fargli l'offerta reale; e nel caso che il creditore non voglia accettare, può depositare la somma o la cosa offerta.

L' offerta reale seguita da un deposito libera il debitore; essa tien luogo di pagamento, riguardo a lui, quando sia fatta validamente; e la cosa in tal modo depositata rimane a rischio del creditore.*

SOMMARIO

I. Questa regola, non ostante che sia compilata in senso contrario, si applica ai soli debiti di danaro. — Osservazioni sulle spiegazioni dei diversi scrittori.

II. La liberazione e le sue conseguenze han luogo dal giorno del deposito e non già da quello delle offerte. Errore di Toullier.

I.—728. Stando al testo dell'articolo bisognerebbe dire che in esso si stabilisce un principio generale, applicabile non solo ai debiti di cose indeterminate, ma altresì a quelli di tutte le altre cose; presentando una disposizione semplice, assoluta e non ristretta ad una classe di debiti, e terminando il suo primo paragrafo, con le parole depositare *la somma* o *la cosa*. Da questo testo sorgerebbe, che tanto nei debiti di cose, come in quelli di denaro il debitore può riuscire a liberarsi, ove il creditore si neghi a ricevere, con le offerte reali, e col deposito dell' oggetto dovuto.

Or la necessità delle offerte reali e del deposito esiste solo pei debiti di denaro. La qual proposizione può stabilirsi e per la stessa ragione, e col confronto del nostro coi seguenti articoli, e specialmente colla disposizione dell' art. 1264 (1217).

E primieromente, non è egli ragione-

* Massime della C. S. di Napoli.

—L'offerta reale, anche valida, non produce la assoluzione del debitore ove non sia seguita dal deposito. 7 febbraro 1828.

— Dopo fatta l' offerta ed accettata anche con riserba, non si può procedere ad atti di esecuzione. 29 febbraro 1840.

— Le offerte reali debbono essere attese, ancorchè non seguite dal deposito. 16 dic. 1841.

— Se il creditore ricusi l'offerta per condizioni messe dall'offerente, e il giudice modifichi queste condizioni, non può contemporaneamente dichiarar valida l'offerta, e da quel momento cessati gl'interessi: 1° ottobre 1844.

vole che il legislatore non abbia voluto pretendere le offerte reali pei debiti di cose?

Vedremo (art. 1258 (1211), VI) che le offerte, non essendosi nella convenzione detto il luogo del pagamento, debbano farsi alla persona o al domicilio del creditore. Or come si vorrebbe che un debitore che vuol fare la offerta, facesse trasportare a 100 o 200 leghe fino al domicilio del creditore che può non essere il luogo del pagamento, una massa di derrate, p. e. 100 botti di vino che debbonsi da lui consegnare? Siffatta regola si comprenderebbe per le cose facili a trasportarsi, ma non già indistintamente per tutte le cose. Dippiù vedremo che essa ha luogo solo per il danaro, e che per qualunque altra cosa basta un' offerta reale, una intimazione perchè il creditore se la ritiri nel luogo posto, in somma un' offerta non reale, cioè non accompagnata dal deposito effettivo dell'oggetto dovuto.

Il nostro articolo si congiunge intimamente coi seguenti che ne sono lo sviluppo. La legge, avendo detto nel nostro articolo 1257 (1210) che per potersi liberare v' è bisogno di offerte reali seguite dal deposito, spiega immediatamente nell'art. 1258 (1211) le condizioni delle offerte reali, e nell'art. 1259 (1212) le condizioni del deposito. Or secondo l'articolo 1258 (1211) le offerte debbono comprendere la intera *somma*, *i frutti e gli interessi*; poi l'art. 1259 (1212) vuole che il deposito si faccia nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi (e la legge indica solo il luogo per il danaro), che si faccia *con gli interessi* fino al giorno del deposito, e che si stenda un processo verbale delle *specie* offerte. Dunque si parla del solo danaro.

L'art. 1264 (1217) completa questa dimostrazione. Esso dice che il debitore di un corpo certo, che sia appunto nel luogo ove deve rilasciarsi, dee soltanto notificare una intimazione al creditore perchè venisse a prendere la cosa, ed aggiunge poi che il deposito della cosa in un luogo che dovrà indicare il giudice, non è necessario, ma solo facoltativo per il debitore cui premerebbe sbarazzarsi di quella cosa. Ma se è così quando il corpo certo sia già nel luogo ove doveva consegnarsi, certamente se non vi sarà, il debitore dovrà farlo trasportare onde essere nel caso previsto dall'art. 1264 (1217).

Finalmente non è men chiaro che essendo la cosa indeterminata, il debitore lasciando o trasportando nel luogo voluto per il deposito quella che vuol dare, e intimando il creditore affinchè se la prenda, determinerà la cosa in individuo, e mutando così il suo debito in un debito di corpo certo, e mettendosi anche nel caso regolato dall'art. 1264 (1217).

Quindi, o direttamente o per argomento, deriva dall'art. 1264 (1217) che le offerte reali e il deposito non sono mai necessarie pei debiti di cose o determinate o indeterminate, e che il nostro articolo si applica solo ai debiti di danaro.

729. Bisogna nel nostro primo paragrafo togliere le ultime espressioni *o la cosa*, e dopo le parole « quando il creditore » aggiungere *di una somma determinata*.

Deve dunque far meraviglia che i vari scrittori riproducano e sviluppino senza nè censura nè osservazione le parole del testo: *la somma* o *la cosa* (1).

E sorprende maggiormente, che dopo avere ammesso che le offerte reali e il deposito sieno necessarie e per le cose determinate e per le somme, vogliono che le offerte sieno del totale *della somma*, non aggiungendo, *o della cosa*, e che il deposito sia fatto nel luogo *indicato dalla legge*, sebbene, come abbiam detto, il luogo sia per il solo danaro (2). Da ultimo, ciò che è più strano, la maggior parte degli scrittori, ammesso che il nostro articolo è ben compilato, e si applichi tanto ai debiti di co-

(1) Toullier (VII, 187, 188); Delvincourt, Duranton (XII, 201); Demante (II, 174); Zachariae (II, pag. 381).

(2) Toullier (n. 191); Duranton (nn. 205-219-2°); Delvincourt, Demante (n. 716).

se, come ai debiti di somme determinate, conchiudono che la regola ben diversa dell'art. 1264 (1247) debba applicarsi e ai corpi certi, ed anche alle cose indeterminate, il che toglie il bisogno di offerte reali e del deposito per tutte le cose che non sieno danaro (1).

Per la qual cosa abbiam detto con ragione che nella maggior parte degli scrittori s'incontra la medesima contraddizione, o se si vuole, lo stesso difetto di metodo che è nel Codice.

II.—730. Il deposito della somma dovuta preceduto da valide offerte e regolarmente fatto, equivale per il debitore al pagamento; quindi lo libera, e non fa più correre gl'interessi, se il debito ne produceva, pone la somma ai rischi del creditore, e impedisce o fa cessare la mora del debitore.

Il deposito, non assolutamente ma relativamente, equivale al pagamento, ed estingue il debito. Il creditore resta sempre tale, non essendo stato pagato, se non che allora il suo credito non è più contro il debitore, ma contro la cassa dei depositi che è la sola obbligata rispetto a lui.

731. Diciamo che non dalle offerte, ma dal deposito derivano tali effetti. Non bisognerebbe. come ha fatto Toullier (numero 220, 231), intendere le parole: «le offerte reali seguite dal deposito liberano il debitore» come se dalle offerte venga quella conseguenza, purchè sieno seguite dal deposito, per modo che fattosi il deposito l'effetto risalirebbe al giorno delle offerte. Quelle parole significano semplicemente che il debitore è liberato dalle offerte e dal deposito che le segue, cotalchè la liberazione e le sue conseguenze derivano fatte che sieno le offerte e il deposito, non potendosi a questo attribuire un effetto retroattivo. La fine del nostro articolo, e massime l'art. 1259 (1212) e infine l'art. 816 (899 M) Cod. proc. allegati da Toullier in sostegno della sua sentenza provano il nostro assunto. Infatti secondo il nostro articolo, soltanto la cosa *depositata* è a rischio del creditore.— Giusta l'art. 1259-2° (1212-2°) il debitore è tenuto a depositare la somma *insieme cogl'interessi sino al giorno del deposito*; or non sarebbe così se fatto il deposito gli interessi cesserebbero di correre dal giorno delle offerte. Da ultimo l'art. 816 (899 M) Cod. proc.* dice, che qualunque sentenza che dichiarerà valide le offerte, qualora non sia stato per anco effettuato il deposito, ordinerà che questo sia fatto, e che cessino gl'interessi *dal giorno in cui sarà effettuato*; cioè il deposito e non già le offerte di cui parlasi incidentemente. E che il Codice di procedura, non ha voluto, come pretende Toullier, derogare l'art. 1259 (1212) Cod. civ. ma invece conformarvisi, esce dapprima dal suo articolo 814 (897) in cui è detto che il debitore che ha fatto le offerte, deve affin di liberarsi fare il deposito, *osservando le formalità stabilite dall'art.* 1259 (1212) del Cod. civ.; ed anche Tarrible nel suo rapporto sull'art. 816 (899) spiegò chiaramente che si parlava dello ESEGUITO DEPOSITO. Questo sistema del Codice non è del resto strano; essendo, come dice Toullier, quello della nostra antica giurisprudenza; e ove si fosse voluto far mutamento, avrebbe dovuto stanziarsi una regola, cioè stabilire un termine in cui il deposito avrebbe dovuto seguire le offerte, scorso il quale il deposito non avrebbe più retroagito. Si comprende infatti non potersi permettere che un debitore faccia il suo deposito sei mesi, un anno, infine dopo quel termine che vorrà dal giorno delle offerte, se lo effetto del deposito, (cioè la sua liberazione e il cessare degli interessi, ecc.) dovesse risalire al giorno delle offerte; sarebbe iniquo che il debi-

(1) Toullier (n. 210); Duranton (nn. 220, 221); Zachariae (pag. 284-11, III e IV).

* L'art. 899 Codice di procedura civile termina con queste parole: « *ordinerà che questa (la somma o la cosa offerta) sia depositata e che cessino gli interessi dal giorno in cui sarà effettuato il deposito.*

tore non fosse più tenuto agl'interessi, tuttochè continui a godere del capitale, finchè vorrà; e non essersi stabilito un termine per effettuare il deposito è pruova che la liberazione e le sue conseguenze incominciano dal deposito. Dunque il debitore deve depositare la somma immediatamente dopo le offerte reali.

732. Del resto, la liberazione del debitore, sebbene derivi dal deposito fatto regolarmente, e con ciò che dee precederlo secondo i due seguenti articoli, è sempre condizionale; diventa diffinitiva quando il creditore accetta il deposito, ovvero per una sentenza passata in forza di cosa giudicata che dichiara valido il deposito. Vedremo ciò con gli art. 1261, 1262 (1214, 1215).

Esaminiamo ora quali condizioni sieno necessarie: 1° per la validità delle offerte che devono precedere il deposito (art. 1258 (1211)); e 2° per la validità dello stesso deposito.

1258 (1211). — Affinchè l'offerta reale sia valida, è necessario:

1° che si faccia al creditore capace di ricevere, o a chi ha facoltà di ricevere per lui;

2° che si faccia da persona capace di pagare;

3° che comprenda l'intera somma esigibile, i frutti o gl'interessi dovuti, le spese liquidate, ed una somma per quelle non liquidate, colla riserva per qualunque supplimento;

4° che il termine sia scaduto, se fu stipulato a favore del creditore;

5° che siasi verificata la condizione sotto la quale fu contratto il debito;

6° che l'offerta sia fatta nel luogo convenuto pel pagamento: e quando non vi sia convenzione speciale riguardo al luogo del pagamento, che sia fatta alla persona del creditore, o al suo domicilio, ovvero a quello scelto per l'esecuzione del contratto;

7° che l'offerta sia fatta per mezzo di un ufficiale pubblico autorizzato a tal sorta di atti.*

733. Quest'articolo vuole sette condizioni, una ottava ne aggiungono gli art. 812 e 813 (895 e 896) Cod. proc.

Le prime cinque non offrono alcuna difficoltà, derivando dai principî generali precedentemente stabiliti. Dippiù esse sono necessarie tanto per le offerte reali che per le amichevoli che han dovuto preceder quelle, giusta l'art. 1257 (1210). Infatti se le offerte amichevoli fossero state fatte ad un creditore o da un debitore, che sieno incapaci, o prima che compiasi la condizione, o giunga il termine posto in vantaggio del creditore, o infine se fossero state di una somma minore di ciò che era dovuto, il creditore avrebbe ben potuto ricusare; e sebbene le offerte reali si fossero poi fatte secondo le regole, il creditore che le accetterebbe, non ne pagherebbe le spese, come vedremo sotto l'ar-

* Massime della C. S. di Napoli.

—L'offerta reale, fatta per mezzo di notaio, è invalida. 29 aprile 1879.

— Spetta al giudice di fatto esaminare se l'offerta reale sia completa. 26 genn. 1826.

— È valida l'offerta, allorchè corrisponde al precetto. — È pur tale, ancorchè contenga delle condizioni, se il debitore vi rinunzia, salvo al creditore il diritto a ripetere le spese. 13 nov. 1829.

— È valida l'offerta reale, ancorchè manchi di pochi grana, se il magistrato trovi motivi di accordare lieve dilazione al debitore. 15 giugno 1837.

— Quando dimandasi col precetto o i generi o il prezzo in una determinata somma, il debitore che fa l'offerta reale del prezzo, rimane liberato. 9 novembre 1841.

— Non debbe ammettersi un' offerta che non contenga tutti gli arretrati interessi, non ostante la iscrizione presa per una sola annata corrente, e due da maturare. 31 gennaro 1850.

— È invalida l'offerta della sola sorte, senza un acconto per le spese e la dichiarazione di esser pronto il debitore a pagarle dietro la liquidazione. 3 agosto 1850.

È valida la offerta fatta al domicilio del debitore defunto in mancanza di patto. 26 giugno 1852.

È nulla la offerta che contenga condizioni pregiudizievoli. 8 luglio 1852.

— È sempre incompleta la offerta della somma di condanna, quando mancano le spese delle sentenze, benchè appellate. 28 sett. 1852.

ticolo 1260 (1213).

Come bisogna decidere se la somma offerta, anzichè essere minore dello ammontare di tutto ciò che era dovuto fosse invece eccessiva? In tesi generale, e quando il creditore si sarà ricusato senz' alcuna spiegazione, nè circostanza speciale, le offerte non potrebbero dichiararsi nulle, perchè eccedenti la somma dovuta, quando il creditore con una semplice osservazione avrebbe potuto far ridurre le offerte all'ammontare effettivo del debito, togliendo alcune delle monete offerte. Ma se l'offerta eccessiva fosse fatta in carta moneta, o in moneta d'oro; o infine in modo che il creditore dovesse, per prendere il suo debito, dare *de suo*, ed egli avesse dichiarato di non poter dare, nè voler nemmeno accettare (oltre ciò che gli è dovuto) il rifiuto del debitore di offrire esattamente la somma dovuta, non ostante la giusta osservazione del creditore, equivarrebbe a un ritiro dell'offerta, e quindi sarebbe nulla.

734. Secondo la sesta condizione, la determinazione del luogo non è qui soggetta alle stesse regole come nel caso del pagamento. Non essendovi una speciale convenzione, il luogo del pagamento è quello del domicilio del debitore (articolo 1247 (1200)); le offerte al contrario in pari circostanze dovranno farsi o alla persona, o al domicilio reale o convenzionale del creditore.

Quanto alla settima condizione si è dubitato, se il verbale delle offerte (come pure quello del deposito) può esser fatto dal solo usciere, ovvero anche da un notaro. Delvincourt (*note*); Pigeau (*Procedura*, II, pagina 492); Carrer (*Proced.*, III, n. 2783) han detto che può esser fatto esclusivamente dall'usciere; sembra che sia pur questa la sentenza di Duranton (numero 219 *ult. parag.*).

Ma è questo un errore: il verbale delle offerte che non contiene citazione, e non è affatto giudiziario, può certamente stendersi da tutti gli ufficiali che rendono autentici gli atti, e quindi sì da un notaro che da un usciere. Ciò è generalmente ammesso (1).

L'ottava ed ultima condizione si è che il verbale indichi il numero e la qualità delle specie offerte, faccia menzione della risposta del creditore, e se egli ha sottoscritto, negato o dichiarato di non potere (Cod. proc., art. 812, 813 (895, 896)).

1259 (1212). — Perchè il deposito sia valido, non è necessario che venga autorizzato dal giudice; ma basta;

1° che sia stato preceduto da una intimazione notificata al creditore, colla quale si indichi il giorno, l'ora e 'l luogo in cui la cosa offerta sarà depositata;

2° che il debitore siasi spogliato del possesso della cosa offerta, consegnandola, insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricever tale deposito;

3° che siasi steso dall' uffiziale pubblico un processo verbale indicante la natura delle specie offerte, il rifiuto che abbia fatto il creditore di accettarle, o la sua mancanza a comparire, e finalmente il deposito;

4° che quando il creditore non sia comparso, gli sia stato notificato il processo verbale del deposito, colla intimazione di ritirare la cosa depositata.*

(1) Delaporte (art. 1258 (1211)); Toullier (numeri 199 e 201); Dalloz (*Obbligaz.*, p. 580, n. 17); Favard (*Rep. Offerta reale*, 2); Zachariae (II, pagina 381); R. de Villargues (*Rep.*, *Deposito*, numero 24); Lione, 14 marzo 1827; Agen, 10 maggio 1836; Bordeaux, 30 giugno 1836 (Devill., 37, 2, 79 e 123).

* Decreto 30 dicembre 1819.—1°I depositi giudiziari ed amministrativi o volontari pe' domini di qua del Faro, che, secondo il disposto col citato art. 9 del decreto dei 30 gennaro 1817, doveano farsi nelle casse de' ricevitori del demanio, dal di primo dell'entrante anno 1827 in poi saranno fatti nelle casse dei ricevitori generali e distrettuali della tesoreria generale.—2.I ricevitori generali e distrettuali terranno un registro particolare di tali depositi per conto della cassa di ammortizzazione. — 4. Coloro che faranno i depositi suddetti, se saranno fatti presso il ricevitore generale, dovranno aver cura di far vistare dal controlloro della ricevitoria la dichiarazione che dal ricevitore sarà loro rilasciata; e quei che faranno i depositi presso i ricevitori distrettuali, dovranno aver cura di far vistare la dichiarazione suddetta dal sottintendente,

SOMMARIO

I. Sviluppo sulle quattro parti dello articolo. *II. Confutazione di un errore di Zachariae.*

I.—735. Perchè il deposito sia valido fa bisogno: 1° che sia stato preceduto da

o da chi ne fa le veci. Senza di questa formalità le dichiarazioni suddette non saranno sufficienti a discaricarli dalla obbligazione a cui erano tenuti. — 7. I depositi che dovranno farsi in Napoli, saranno fatti direttamente nella cassa di ammortizzazione, come finora si è praticato. — 8. Non ostante le prescrizioni precedenti, anche que' delle provincie, qualora da chi ha l' obbligo di fare il deposito volesse farsi direttamente nella cassa di ammortizzazione, potrà farlo.

Decreto 9 giugno 1820. — 1. I depositi giudiziari ed amministrativi o volontari pe' domini oltre il Faro saranno fatti nelle casse dei ricevitori del registro e bollo del luogo ove risiede l' autorità giudiziaria che deve giudicare. — In Palermo ed in Messina i depositi suddetti saranno fatti nel banco, e le polizze di credito, o sia partite di tavola, saranno poi versate nella cassa del ricevitore del registro. — 6. Per facilitare la sollecita restituzione dei depositi di picciole somme, dipendenti da' giudizi presso i giudici di circondario, i ricevitori del registro riterranno presso di loro i depositi di somme sino a cento ducati; senza farne versamento nella cassa degli agenti della tesoreria generale. In tal caso il diritto di ritenuta andrà a carico delle parti interessate. — I depositi sino a sei ducati ne' giudizi presso i conciliatori si faranno presso i cassieri comunali, i quali ne terranno conto e rilasceranno una ricevuta alla parte. — 8. I depositi saranno restituiti dagli stessi ricevitori del registro e bollo, che li avranno ricevuti, previo il mandato dell'autorità giudiziaria competente; salvo il prescritto nell'art. 14. A tal'effetto lo estratto esecutivo della parte dispositiva della sentenza o decisione che avrà prescritto la liberanza del deposito, sarà esibito dalle parti interessate al regio procuratore presso il tribunale civile o al giudice del circondario, secondo i termini della rispettiva competenza; e l'uno o l'altro con loro uffizio invieranno per mezzo delle stesse parti tale estratto al ricevitore del registro per eseguire il pagamento. I cassieri comunali restituiranno parimente i depositi presso loro pervenuti a' termini dell'art. 6; in vista dell'uffizio del conciliatore, che esibirà la parte, accompagnato dall'estratto della sentenza del conciliatore medesimo. — 9. Il ricevitore del registro, in vista dell' uffizio di cui si parla nell'art. precedente, verificato il deposito, ne eseguirà subito il pagamento a preferenza di ogni altro esito sulle somme che per qualsiasi ramo trovinsi presso di se: ritirando la quietanza in regola dalla parte precedente che sarà fatta in piedi dello estratto della sentenza o decisione per mano del notaio certificatore del distretto o di altro pubblico uffiziale autorizzato a farne provvisoriamente le veci, ove si tratti del comune capoluogo del distretto in cui risiede il notaio certificatore: negli altri comuni si farà per mano di un pubblico notaio. — 11. Se i ricevitori del registro non avranno fondi per la restituzione de' depositi al momento in cui sarà loro esibito il mandato dell'autorità giudiziaria, e se non converrà alla parte interessata di aspettare la percezione di ulteriori introiti, i ricevitori medesimi rilasceranno alla stessa parte un verbale di rifiuto accompagnato da loro uffizio all'agente distrettuale della tesoreria generale; e risteranno lo estratto della sentenza o decisione, attestando la verità del seguito deposito. Una copia del verbale di rifiuto sarà spedita dal ricevitore al direttore della valle. — 12. La parte interessata esibirà il verbale di rifiuto e gli altri documenti dell'agente distrettuale della tesoreria generale, il quale confrontando la somma del deposito col versamento fattone dal ricevitore del registro rifiutante, ne eseguirà immediatamente il pagamento, ritirando la quietanza nel modo sopra stabilito. — 13. Ove i ricevitori si ricuseranno al pronto pagamento, o a fare immediatamente il verbale di rifiuto, le parti si dirigeranno al direttor della valle, il quale in veduta dell'estratto della sentenza, disporrà immediatamente il pagamento o sopra la cassa del ricevitore presso cui è stato eseguito il deposito, o sopra qualunque altra cassa de' ricevitori della valle a lui soggetti; disponendo a carico del ricevitore che si è negato le misure convenienti, con darne conto alla direzione generale. — 14. I depositi fatti nel banco di Palermo o in quello di Messina si restituiranno per banco colle formalità prescritte nello art. 8. I pagamenti però si disporranno in Palermo dal tesoriere generale, ed in Messina dal direttore della Valle.

Decreto 10 gennaro 1825. — 1. L'articolo 6 del decreto de' 9 giugno 1820, con cui ad oggetto di facilitare la sollecita restituzione dei depositi di picciole somme dipendenti da' giudizi presso i giudici di circondario, fu disposto che i ricevitori del registro ritenessero presso di se i depositi di somme sino a cento ducati senza farne versamento nelle casse della tesoreria generale, è da Noi rivocato. — 2. I ricevitori del registro, presso cui in esecuzione del sopradetto decreto, sono stati e saranno fatti de' depositi, qualunque ne sia la somma, non potranno presso loro ritenerla, ma saranno tenuti versarla nelle casse degli agenti della tesoreria nello stesso modo e colle stesse regole per lo versamento di ogni altro progetto affidato alla loro percezione, riservandone però la provenienza con l' indicazione particolare e separata da ogni altro introito. — 3. Quando sia poi ordinata la restituzione di tali depositi sarà eseguito il disposto negli articoli 8, 11 e 12 del detto decreto de' 9 giugno 1820.

un'intimazione notificata al creditore, colla quale s'indichi il giorno, l'ora, e il luogo, per ricevervi, se cangia proposito, le specie prima rifiutate, o per vederne eseguire il deposito: questa intimazione può esser fatta insieme col verbale delle offerte; 2° che il debitore, non essendosi presentato il creditore nel luogo e nell'ora indicata, o avendo nuovamente negato di ricevere, si sia spogliato della somma offerta, consegnandola insieme cogl' interessi decorsi insino al giorno del deposito, nel luogo indicato dalla legge per ricevere tali depositi, comprendendovi nel deposito le spese; poichè deesi depositare la somma *offerta* e giusta il precedente articolo si deve *offrire* insieme col capitale e gl'interessi lo ammontare delle spese liquide, ed una somma per quelle non liquide; — 3° che il verbale si stenda non dal preposto dalla cassa dei depositi, cui la legge non conferisce qualità per istendere un tale atto (Nimes, 22 agosto 1809), ma dall'ufficiale che ha steso il verbale di offerte, o d'altri che abbia come lui questo potere, come il notaro o l'usciere; che il verbale indichi come quello delle offerte la natura delle specie, affinchè si provi che il deposito comprende ciò che era stato offerto; che faccia menzione di non essere comparso il creditore, o del suo nuovo rifiuto di ricevere, e infine del deposito che ne è seguito;—4° da ultimo e nel solo caso in cui il creditore non è comparso al deposito, che gli si notifichi una copia del verbale colla intimazione di ritirarsi la somma.

Secondo la legge del 28 ag. 1816 e delle ordinanze dei 22 maggio e 3 luglio dello stesso anno, i depositi di cui è parola nel nostro articolo, debbono farsi in una cassa creata col nome di *cassa dei depositi*, e di cui i proposti sono, a Parigi, un cassiero speciale; nei capiluoghi di dipartimento i ricevitori speciali; e nei capiluoghi di distretto i ricevitori particolari.

II.—736. Zachariae, nella spiegazione di questo articolo, è incorso in un errore che colla sola lettura del testo può ben confutarsi. Egli insegna (pag. 384) che il nostro articolo vuole la menzione nel verbale del deposito del primo rifiuto fatto dal creditore alle offerte, e del suo non comparire in quel tempo.

L'errore è manifesto; perchè, quand'anche si potesse chiamar *non comparsa* l'essere assente da un luogo ove non era chiamato, non sarebbe men chiaro da tutto insieme l'articolo che si parla nel num. 3 del non comparire il creditore al deposito a cui era intimato di trovarsi secondo il n. 1, e che per tale non comparsa vuolsi dal n. 4 una notificazione del verbale che sarebbe inutile se il creditore fosse stato presente al deposito. E se è lo stesso il non comparire nel n. 3 e 4 cioè l'assenza del creditore al tempo del deposito a cui era chiamato, certamente quando la legge nel n. 3 presenta alternativamente, e come due ipotesi, di cui una sola può effettuarsi e dev' esser menzionata, la non comparsa del creditore, o il suo rifiuto di non ricevere, nell'una delle ipotesi si accenna al rifiuto che fa, comparendo al deposito, e nell'altra del suo non comparire al deposito.

Il nostro articolo è così evidente, che il più degli scrittori non ha giudicato utile spiegarlo, ma ve ne ha due che dichiarano meglio il loro pensiero, e contraddicono la strana proposizione di Zachariae. Toullier (n. 210) dice che « siccome il creditore fino all'ultimo momento ha il diritto d' impedire il deposito, ricevendo la somma, bisogna indicare o il suo rifiuto *se è presente al deposito*, o la sua assenza, *se non vi è* ». Demante, che non è così esplicito, fa abbastanza comprendere che si tratta di un rifiuto. o dell'assenza contemporanea *del deposito*, e non già *delle offerte*, dicendo che il n. 3 si restringe a volere « un verbale particolarizzato del deposito, e delle circostanze in cui ha luogo » (II, n. 716).

1260 (1213). — Le spese dell' offerta reale e del deposito, se questi atti son validi, sono a carico del creditore.

SOMMARIO

I. Il creditore deve pagare le spese, quando ha lasciato fare le offerte e il deposito, ed anche accettando nel punto del deposito, dopo avere rifiutate le offerte.

II. Quid, *quando riceve egli le prime offerte? Si dissente da Delvincourt, Pigeau, Favard e Zachariae, con Toullier e Duranton. Soluzione.*

I.—737. Il creditore allorchè ha ricusato di ricevere le offerte reali, e nuovamente si è rifiutato, o non si è presentato al tempo del deposito, deve pagar tutte le spese, se le offerte e il deposito son fondati e fatti secondo le regole, avvegnachè si sieno fatte per colpa di lui.

Se rifiutate le offerte reali, egli volesse ricevere quando si fa il deposito, ed impedirlo, egli dovrebbe sempre pagar le spese non che delle offerte, ma dell'andata dell'ufficiale ministeriale, e del trasporto dei denari fino alla cassa dei depositi, dacchè con la sua tarda accettazione confesserebbe il suo torto, e proverebbe che le spese fatte fino a quell'ora derivano da sua colpa.

II.—738. Ma come decidere se egli ricevette le offerte nel punto medesimo che gli vennero fatte, e alla prima intimazione di riceverle? Delvincourt, Favard, Pigeau e Zachariae (pag. 382) insegnano che pure in questo caso le spese delle offerte dovrà pagarle il creditore, a meno che non si provi da speciali circostanze che il debitore abbia fatto quelle offerte con malizia, e senza che il creditore abbia mai pensato a ricusare. Per lo incontro Toullier (VI, 219) e Duranton (XII, 224) decidono che in principio il debitore dovrà pagare le spese, le quali saranno a carico del creditore, ove risulti da speciali atti che questi col rifiuto del pagamento, aveva rese necessarie le offerte reali.

Crediamo esservi in ciò equivoco, e facilmente potrebbero gli uni esser d'accordo cogli altri, se si fossero meglio spiegati, e avessero più accuratamente interrogato i testi della legge. Senza fallo, fattesi validamente le offerte, le spese sono a carico del creditore. Siccome, giusta il nostro articolo, il creditore deve pagare e le offerte e il deposito, se validamente si son fatte questo e quelle, così deve pagare le offerte, se queste soltanto si sono fatte dal debitore; la regola relativa alle offerte comprendesi necessariamente nell'altra scritta per le offerte e il deposito. Ma perciò è mestieri le offerte siensi fatte validamente, e quindi, oltre alle varie condizioni indicate dall'art. 1258 (1211), è necessario innanzi tutto che esse sieno state provocate dal rifiuto di ricevere fatto del creditore; prima condizione voluta dalla legge e dalla ragione: l'art. 1257 (1210) dichiara che un debitore può solamente fare offerte reali, *quando il creditore neghi a ricevere il suo pagamento*. Or se il rifiuto primitivo del creditore naturalmente si presume, quando il creditore rifiutando sempre ha lasciato fare il deposito, o anche quando ha accettato nel punto del deposito, dopo rifiutate le offerte reali, non si può presumere questo rifiuto anteriore alle offerte reali, avendole il creditore immediatamente accettato.

Deve dunque dirsi (non secondo l'articolo 1248 (1201) allegato da Toullier e che qui non entra, ma secondo l'art. 1257 (1210)) che la soluzione dipende da una questione di fatto: il creditore innanzi le offerte reali si negò o pur no a ricevere un pagamento all'amichevole? Essendo ciò dubbio, la prova del rifiuto è del debitore, perchè egli l'allega: *incumbit probatio ei qui dicit*. Quindi egli deve provare o con la confessione del creditore, o con testimoni, o in altro modo, che le sue offerte furon fatte, posciachè il creditore si ricusò di ritirarsi la somma nella casa di lui o in altro luogo ove dovea pagarsi; ovvero se si dovesse pagare in casa del creditore, dopo essersi da lui inutilmente recato una prima volta per fare il paga-

mento amichevole.

739. Quest' ultima osservazione fa ben comprendere fino a qual segno siasi ingannato Toullier, e come sia falso il motivo della sua soluzione, sebbene in se stessa ci sembri giusta. « Se il creditore accetta le offerte, egli dice, non v'è dubbio che le spese sono a carico del debitore, se era obbligato di pagare *al domicilio del creditore*. Il debitore deve pagare il *mandatario con cui egli manda il danaro*. D'altronde le spese *del pagamento* sono a carico del debitore, conforme l'art. 1248 (1201). È questa la regola generale ».

Toullier non entra nemmeno nella questione, confondendo stranamente le spese del pagamento con quelle delle offerte reali. Senza dubbio, se il debitore obbligato di pagare in casa del creditore, manda i suoi danari con un usciere, invece di portarli egli stesso, egli deve pagare l'andata dell'usciere, come avrebbe pagata la sua. Ma non è questa la quistione; e se non si comprendono bene gli scrittori che si combattono, non è possibile l'intendersi. Toullier supponendo un debitore che la prima volta manda un usciere in sua vece, ritiene certo, notorio, confessato dallo stesso debitore, che non è stata mai fatta prima alcuna offerta amichevole. Or la questione era, se le offerte reali, quando sono accettate, debbano o pur no *far presumere* che quelle *amichevoli* sieno state *precedentemente* fatte e rifiutate. Come si disputa se le offerte reali debbano *far presumere* altre offerte *anteriori*, tenendosi per certo che *si è incominciato* dalle offerte reali?...

Duranton su questa medesima questione ha detto un' idea più strana. Ed ecco come il professore ha fatto ragionare Pigeau: « quando il creditore accetta le offerte fattegli dall' usciere, dee presumersi che egli *aveva prima chiesto il suo pagamento* all' amichevole e che *il debitore* per impotenza *o mal volere* glielo *abbia negato*; dunque *il creditore deve pagare le spese* » E a Duranton sembra bello questo argomento! Non ne adotta la conclusione unicamente perchè la maggiore non gli parve esatta, non essendo scritta nella legge la presunzione di cui è parola; ma non nega che se esistesse la presunzione, sarebbe legittima! Così, ammesso che il creditore *ha chiesto* il suo pagamento, e il creditore glielo *ha negato* anche per mal volere, le spese dovrebbero pagarsi non dal debitore che è in mora, ma dal creditore cui nulla può imputarsi !!!. In Pigeau non s'incontra questo incredibile ragionamento che gli fa fare Duranton; si legge al contrario (Procedura civile, lib. III, alla parola *Offerte*, § II, n. 3) che se il creditore (secondo egli crede) deve pagar le spese, gli è perchè « non si presume che il debitore faccia fare offerte da un usciere *prima che egli le abbia fatto all'amichevole* ». È appunto il contrario di ciò che gli fa dire Duranton.

740. Dunque, perchè le spese delle offerte reali sieno pagate dal creditore che le accetta, è bisogno che le offerte amichevoli si sieno fatte prima, e secondo le regole. Se, provando il debitore di aver prima fatte le offerte amichevoli, il creditore prova a sua volta che le offerte erano irregolari (ad esempio, che fossero fatte prima di compiersi una condizione che sia avverata dopo, e innanzi che il debito esistesse), le offerte reali sono allora le prime offerte valide; nulla dee imputarsi al creditore che le accetta, e le spese deve pagarle il debitore che doveva fare le offerte reali dopo fatte *validamente* quelle.

1261 (1214). — Finchè il deposito non sia stato accettato dal creditore, il debitore può ritirarlo; e, quando il ritiri, i suoi condebitori o i suoi fideiussori non restano liberati.

1262 (1215). — Allorchè il debitore ha egli stesso ottenuto una sentenza passata in giudicato, la quale abbia dichiarata buona e valida la sua offerta e 'l deposito, non gli è più permesso, nemmeno col consenso del creditore, di ritirare il deposito in pregiudizio de' suoi condebitori o de'suoi fideiussori.

1263 (1216).—Il creditore che abbia acconsentito che il debitore ritiri il deposito, dopo che fu dichiarato valido con sentenza passata in giudicato, non può più valersi, pel pagamento del suo credito, de'privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse: egli non ha più ipoteca se non dal giorno in cui l'atto, col quale acconsentì che si fosse ritirato il deposito, sia rivestito delle forme prescritte a produrre ipoteca.

741. Abbiamo fatto già osservare che il deposito validamente fatto estingue definitivamente il debito col contratto che si forma tra il debitore e il creditore per l'accettazione di costui, o cul quasi-contratto giudiziario che risulta da una sentenza che dichiara valido il deposito. La sentenza deve aver forza di cosa giudicata, ossia non può essere riformata e sostituita da altra contraria sentenza, come una sentenza in contomacia che potrebbe annullarsi in opposizione, o una sentenza di prima istanza che potrebbe annullarsi in appello. Così il debito estinguesi col contratto o il quasi-contratto che conferma il deposito; i nostri tre articoli stabiliscono il principio, e ne deducono le conseguenze.

Finchè non vi sia nè accettazione, nè cosa giudicata, il debitore può ritirare il suo deposito, e questo si tiene come non avvenuto. Con questo ritiro essendo annullato il deposito che aveva estinto il debito provvisoriamente e condizionatamente, il debito ha sempre esistito, e quindi i condebitori, le fideiussioni, le ipoteche ed altri accessori che lo garentivano, continuano sempre. Per l'incontro, essendovi accettazione o cosa giudicata, il debito è definitivamente estinto; e il debitore quindi non potrebbe più ritirare la somma che col consenso del creditore, e allora nascerebbe un credito nuvello: le garenzie che proteggevano l'antico credito, non esistevano più, e si potrebbe soltanto farne nascere altra nuova coi mezzi ordinari.

2. Dei debiti di corpi certi.

1264 (1217).—Se ciò che si dee, sia una cosa certa la quale debba consegnarsi nel luogo in cui si trova, il debitore dee interpellare il creditore a prendersela con atto notificato personalmente, o al suo domicilio, o al domicilio scelto per la esecuzione del contratto. Fatta tale intimazione, se il creditore non toglie la cosa, e il debitore abbia bisogno del luogo in cui è collocata, potrà questi ottenere dal giudice il permesso di depositarla in altro luogo.

SOMMARIO

I. Distinzione fra il caso in cui il corpo certo deve rilasciarsi nel luogo in cui si trova, o in qualunque altro che non sia il domicilio del creditore, e il caso in cui il debitore per eccezione è tenuto di recarlo a quel domicilio.

II. Qual modo dee seguirsi in ciascuno dei due casi.

I.—742. Quando le cose non sono denaro, non è più necessario che si seguano le regole già indicate. Non si poteva in fatto pretendere che un debitore togliesse dal luogo in cui doveano essere consegnate, cinquanta o sessanta botti di vino, o cento balle di cotone o una massa enorme di legna, per farne la consegna effettiva nel domicilio del creditore. Una semplice intimazione notificata al creditore, di ritirarsi le cose dovute nel luogo in cui doveano consegnarsi, era bastevole per sostituire le offerte reali e il deposito voluto pei debiti di somme determinate.

Il nostro articolo applica espressamente questa regola al caso in cui un corpo cer-

to sia di presente nel luogo in cui dee consegnarsi; non si può quindi, nel caso in cui il corpo certo fosse in altro luogo, anzichè questa regola, seguire l'altra dei precedenti articoli, dipendendo sempre dal debitore di trasportare, innanzi che faccia la sua intimazione, il corpo certo nel luogo ove deve consegnarsi, ponendosi così nel caso previsto alla lettera dal nostro articolo. Così la regola si applica necessariamente a tutti i casi in cui il corpo certo deve consegnarsi altrove che nel domicilio del creditore, purchè il debitore trasporti l'oggetto, quando non vi è, nel luogo della consegna. Adunque il nostro articolo, come aveva fatto Pothier (n. 542, § *ultimo*), restringe la sua disposizione non già in opposizione al caso in cui un corpo certo deve consegnarsi e il creditore dovrebbe ritirarlo altrove che nel luogo ove di presente si trovi (perchè, lo ripetiamo, sarebbe troppo facile al debitore sottrarsi alla regola diversa che si avrebbe voluto stabilire per tal caso, e far rientrare il secondo nel primo caso), ma in opposizione al caso in cui il debitore fosse obbligato di recare egli stesso il corpo certo presso il suo creditore. In quest'ultima ipotesi si va diversamente, perchè il debitore non può intimare il suo creditore di ritirarsi in questo o in quel luogo l'oggetto che è obbligato di recare egli stesso.

Così debbonsi qui distinguere due casi: o il corpo certo deve prendersi dal creditore presso il debitore o altrove, ovvero deve consegnarsi presso di lui dal debitore.

II.—743. Nel primo caso si applica il nostro articolo. Il debitore intima al creditore di ritirarsi l' oggetto dal luogo in cui deve consegnarsi; questa semplice intimazione produce per se sola l'effetto che nei debiti di somme determinate le offerte reali e il deposito, cotalchè il debitore senza fare altro è immediatamente liberato, purchè la sua intimazione si riconosca debitamente e regolarmente fatta o per la accettazione del creditore, o per una sentenza. Infatti, scorgesi dal testo medesimo dell'articolo, che ove il debitore fa seguire la intimazione dal deposito (di cui allora deve fare indicare il luogo dal magistrato) gli è che lo vorrà, e avrà bisogno di sgombrare il luogo in cui è riposta la cosa.

Ben si comprende che per analogia di ciò che avviene pei debiti di somme determinate, le spese dell'intimazione e quelle del deposito, se ve ne ha, saranno a carico del creditore, purchè si provi che la intimazione sia stata fatta, posciachè il creditore abbia ricusato di ritirarsi l'oggetto.

744. Nel caso in cui il debitore va a consegnar la cosa, come dovea, al domicilio del creditore, e questi nega di riceversela presso di se, il debitore, purchè abbia una prova del rifiuto, deve trasportar l'oggetto in qualche casa di quel luogo ove può essere accolto e custodito, lasciandolo in deposito e intimando il creditore di ritirarselo. — Fatto il deposito e la intimazione, il debitore sarebbe obbligato a far determinare con una sentenza un luogo di deposito; e questo deposito per mezzo di sentenza, che nel precedente caso è facoltativo, sarebbe in questo obbligatorio? Noi non crediamo che il debitore vi sia obbligato sebbene sarebbe utile il farlo. Nel precedente caso, non essendosi ordinato dal magistrato il deposito, l'oggetto rimane in deposito nel luogo stesso in cui doveva consegnarsi; e qui non è lo stesso appunto per la colpa del creditore, poichè il luogo della consegna era il suo domicilio, e inutilmente si è andato a fargliene l'offerta.

Stimiamo dunque che in questo come nel primo caso, il debitore, sotto la condizione che il creditore dopo accetterebbe, o che una sentenza dichiarerebbe regolare ciò che si è fatto, sarà liberato dal giorno della intimazione fatta al creditore di ritirarsi la cosa nel luogo ove è stata deposta immediatamente dopo il rifiuto; e allora quando il debitore, perchè il primo depositario non vorrebbe continuare a custodire la cosa o per qualunque altra siasi ragione, farebbe indicare un altro luogo di deposito o con una espressa sentenza, ovvero (e sarebbe molto più semplice) con

la sentenza medesima che persistendosi nel rifiuto di dichiarare regolari gli atti e rendere diffinitivo il liberamento, comincerebbe sempre ad estinguersi il debito e a mettersi la cosa a rischio del creditore dal momento dell'intimazione e non solo dall'ultimo deposito. — Non fa uopo aggiungere che in questo secondo come nel primo caso, tutte le spese fatte, comprese quelle del trasporto della cosa dal domicilio del creditore che si ricusa al luogo ove si è deposta, sono a carico del creditore. Quelle del trasporto fino al domicilio di quest'ultimo debbono pagarsi dal debitore, poichè essendo il trasporto parte della sua obbligazione, egli le avrebbe ugualmente fatto se il creditore avesse accettato.

3. Dei debiti di cose indeterminate.

745. Si è già fatto osservare che, da una mano estremamente difficile e anche impossibile era il trasportare in vari luoghi e a grandi distanze l'oggetto della obbligazione, sia esso non determinato *in individuo* ovvero un corpo certo, e quindi il legislatore non avea potuto soggettare tal caso alle regole stabilite pei debiti di somme determinate; e dall'altra mano, la scelta fatta dal debitore della cosa che dee offrire, e il suo deposito nel luogo della consegna (o il suo trasporto al domicilio stesso del creditore, quando quivi per eccezione deve farsi il pagamento), e in fine la intimazione da farsi al creditore nella quale si dovrà indicare individualmente la cosa, mirano a rendere determinata la cosa che prima tale non era, ed applicar così le regole dei corpi certi. Per questa terza ed ultima classe di obbligazione si seguiranno le regole esposte sotto l'art. 1264 (1212).

Ci resta a far qui una sola speciale osservazione per il caso in cui la scelta della cosa per eccezione al diritto comune fosse non del debitore ma del creditore. Allora non si potrebbero fare offerte reali, ma nemmeno una intimazione per ritirarsi il tale oggetto, o far ordinare direttamente il deposito altrove se al debitore servisse il luogo, poichè l'oggetto deve determinarsi appunto colla scelta del creditore il quale ricusa di farla. In questo caso il debitore dopo il primo rifiuto del creditore, gli farà una intimazione perchè *scelga* e ritiri l'oggetto, e negandosi nuovamente a tal richiesta, egli otterrà una sentenza per ordinarsi che la scelta che non si è fatta dal creditore si faccia per lui dalla tal persona, e la cosa che vien scelta sia deposta in quel luogo.

§ 5. — *Della cessione dei beni.*

746. La cessione dei beni, come abbiamo già detto, non ha alcun logico rapporto con la materia del pagamento e con la estinzione delle obbligazioni (essendo soltanto un mezzo di liberare il debitore dal carcere, ma non già dal debito); per cui collocheremo la spiegazione dei sei articoli di questo paragrafo nel titolo dell'*Arresto personale*. Così fanno Delvincourt (III, tit. X, cap. V) e Zachariae (IV, pagina 132 e 147, § 586 e 587); nè Pothier aveva collocato il beneficio di cessione nel suo trattato *delle Obbligazioni*.

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE

747. La novazione, che qui incontriamo come la seconda causa per estinguere le obbligazioni, è il mutamento di obbligazione, il trasformarsi di una in altra obbli-

gazione. La novazione può derivare da una sentenza; però noi non ci occuperemo qui del quasi-contratto giudiziario che appartiene alla procedura, ma della sola novazione convenzionale di cui parla la nostra sezione.

1271 (1225).—La novazione si fa in tre maniere:

1° quando il debitore contrae col suo creditore un nuovo debito, il quale è sostituito all'antico che rimane estinto;

2° quando un nuovo debitore è sostituito allo antico che vien liberato dal creditore;

3° quando in virtù di una nuova obbligazione un nuovo creditore vien sostituito all'antico, verso cui il debitore è liberato.

748. La novazione o il mutamento della obbligazione può avvenire in tre modi: 1° col cambiarsi soltanto la obbligazione, rimanendo gli stessi il creditore e il debitore: per esempio, se io convengo di darvi il mio cavallo in luogo dei 1,000 franchi dovutivi; 2° col mutarsi il debitore; voi consentite a sdebitarmi dei 1,000 franchi che vi devo, perchè Pietro si obbliga a pagarveli in mia vece; 3° infine col cangiare il creditore: voi mi esonerate dell'obbligazione di pagarvi 10,000 franchi, obbligandomi a dare a vostro padre una rendita vitalizia di 700 franchi.

Questi tre modi di novazione possono poi combinarsi insieme per formare una sola novazione di obbligazione. Se voi mi liberate del mio debito di 1,000 franchi perchè Pietro si obbliga a consegnarvi invece il suo cavallo, si muta insieme il debitore e l'oggetto della obbligazione. Parimente, se mi liberate del mio debito di 10,000 franchi perchè Pietro si obbliga a pagare a vostro padre la pensione di 700 franchi, si muta in uno l'oggetto dell'obbligazione, il debitore e il creditore. E se più cause di novazione possono così concorrere ad estinguere una sola obbligazione, viceversa una sola causa di novazione può estinguere di un tratto più obbligazioni non solo in vantaggio dello stesso debitore, ma altresì di vari debitori. Così voi potete liberarmi delle obbligazioni di corrispondervi la tal rendita, di consegnarvi il mio cavallo e di fabbricarvi una casa, per l'unica obbligazione che io contraggo di pagarvi la somma *di*... Se Giacomo si obbliga a pagarvi 1,000 franchi dei quali 500 son dovuti da Pietro, e 500 da Paolo, i debiti di cotesti due si estingueranno cangiandosi soltanto il debitore. Così anche se Primo deve 500 franchi a Secondo, e questi una egual somma a Terzo, e questi una a Quarto, i quattro possono stabilire che Primo si farà debitore di 500 franchi verso Quarto, di modochè si estingueranno insieme i tre crediti di Quarto contro Terzo, di questi contro Secondo, e di quest'ultimo contro Primo. Allora è vero vi son due cause di novazione, perchè si muta il creditore per il debito di Primo, e si muta il debitore per gli altri due; ma quest'ultima causa estingue ad un tempo, e per se sola due obbligazioni, e potrebbe anche estinguerne assai più.

1272 (1226).—La novazione non può aver effetto se non tra persone capaci di contrattare.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— Vi è novazione quando invece di una si dà un'altra cosa in pagamento. 23 sett. 1829.

— Non fa novazione col creditore ereditario quel coerede che, promettendo il pagamento del debito ereditario, obbliga non solo la sua quota, ma l'eredità tutta. 17 gennaro 1837.

— Un contratto posteriore porta novazione al precedente se ne altera l'essenza o la sostanza, non già gli accidenti. 1 luglio 1841.

— La cessione per surrogazione di un credito che fa il debitore al suo creditore con liberazione, produce novazione, 16 febbraro 1843.

SOMMARIO

I. Le due parti devono esser capaci l'una di rinunziare il suo credito; l'altra di contrarre il novello debito. Dove manchi la capacità, la novazione può annullarsi.
II. L'annullamento cade sull'intero contratto di novazione, di maniera che togliendosi la rimessa del primo debito, vien meno anche il secondo.
III. Confutazione della dottrina contraria di Toullier, Duranton, Zachariae, ec.—Osservazioni sull'obbligazione naturale.
IV. È il medesimo quando la novella obbligazione è annullata per errore, violenza o dolo. Falso motivo di Toullier, falsa decisione di Zachariae.
V. La novazione può operarsi immediatamente, non ostante che il secondo debito sia condizionale. Censura di Zachariae e Duranton.
VI. Quid quando l'antico debito sia soggetto ad annullamento (per incapacità o per altra causa) ovvero condizionale?
VII. Non può darsi mai luogo a novazione se di nullità radicale siano colpite, o l'antica obbligazione, o la nuova.

I.—749. In qualunque novazione il creditore abbandona il suo credito, e l'altra parte si assoggetta al novello obbligo che deve sostituirne l'antico. Bisogna dunque, perchè regolarmente si formi il contratto di novazione, che le due parti siano capaci, non già di fare qualunque sorta di contratto, ma per lo meno l'una di alienare il credito che vuolsi estinguere, e l'altra di consentire l'obbligazione che devesi alla prima sostituire.

La capacità delle due parti è necessaria non già perchè vi sia la novazione, ma perchè dessa sia regolare e pienamente valida. Infatti la incapacità di una parte non impedirebbe che il contratto si formasse e producesse i suoi effetti; il contratto e le sue conseguenze potrebbero solo essere annullate a richiesta dell'incapace e non già dell'altra parte (art. 1125 (1079)).

Il nostro articolo adunque vuol dire che fra persone incapaci non può farsi regolarmente e irrevocabilmente la novazione.

II. — 750. Non pare che possa sorgere alcuna controversia intorno allo effetto dell'annullamento pronunziato a richiesta dell'incapace, cioè che si dichiarasse non avvenuto il contratto di novazione, e si rimettessero le cose al medesimo stato di prima.

Per modo di esempio, se un minore, mio creditore di 500 franchi, conviene con me che in vece di quella somma io gli darò il mio cavallo, gli è certo che se egli chiede lo annullamento della novazione, si annullerà necessariamente tutta insieme la convenzione, e non solo la rimessa del mio debito fattami dal minore. Questi non potrà dirmi: « io ho ecceduto la mia capacità col rinunziare al mio debito antico, che quindi deve conservarsi; ma il novello credito che io era capace di acquistare, deve sussistere, cotalchè io posso pretendere e i 500 franchi e il cavallo ». Un tal risultamento non potrebbe essere ammesso da alcuno. Secondo i termini stessi del nostro articolo, la *novazione* si è fatta irregolarmente, però deve essere annullata, e come se nulla si fosse fatto, io dovrò sempre i 500 franchi e non altro. Infatti, annullandosi la rimessa fattami dall'incapace del mio debito di 500 fr., questo ha sempre esistito; e di conseguenza non si può conservare quello che non doveva esistere che in quanto dovea sostituire il primo.

Viceversa, dovrà decidersi della medesima maniera se il novello debito è stato contratto dal minore cui è stato rimesso il primo. Così il minore si obbliga a consegnarmi quel cavallo invece di 500 franchi ch'egli o qualunque altro mi doveva, e fa con me una novazione; poi ne domanda l'annullamento. Non si annullerà una delle due parti della convenzione, che la novella obbligazione, ma dovrà necessariamente annullarsi il contratto di novazio-

ne, la intera convenzione. Il minore non potrà dire: « Ero incapace di obbligarmi, e quindi è nulla la mia obbligazione di rilasciarvi il cavallo; ma la liberazione mia o del mio amico che io poteva stipulare, è acquistata, e il creditore sebbene non riceva il cavallo, non può pretendere nemmeno i 500 franchi ». Tal pretensione sarebbe, come la prima, contraria al testo del nostro articolo, non che a tutti i principî del dritto e dell' equità. Il creditore non ha consentito che il suo credito si estinguesse puramente e semplicemente, ma in quanto una novella obbligazione lo sostituisce; ma annullata la seconda, la prima non si è estinta.—La novazione non può avvenire che mercè due obbligazioni di cui l'una si estingue e l'altra si forma in vece di quella; ma non essendo mai esistita una delle due obbligazioni, non può avvenire la novazione.

III. — 751. Siffatta dottrina, per quanto possa conformarsi alle regole del dritto, della ragione e della giustizia, è rigettata dagli scrittori (1); e sebbene la sentenza di costoro si dimostra, anticipatamente falsa da ciò che abbiamo detto, noi dobbiamo intrattenerci sui principî falsi sù cui si fonda. Imperciocchè siccome fu detto da un giureconsulto, « la scienza del dritto consiste e nel confutare i falsi principî e nel conoscere i veri (Garran, Rep. di Merlin, alla parola *Novazione*).

A questo si riduce il sistema degli scrittori. È dapprima un principio fondamentale cavato dalle regole del digesto dai glossatori che una obbligazione appena estinta non può più rivivere: *obligatio semel extincta non reviviscit*. Del resto per compiersi la novazione basta che la seconda obbligazione che deve sostituire la prima, sia naturale; or quando un incapace fa annullare la obbligazione da lui contratta, questa, che civilmente si annulla, sussiste sempre come debito naturale. Dippiù Giustiniano dichiara (*Instit.*, lib. 3, tit. 29, § 3) che se Tizio si fa promettere da un pupillo non autorizzato, ciò che da altri gli era dovuto, l'obbligazione di costui estinguesi con la novazione, sebbene si annulli la obbligazione di quello.

Queste idee, vere nella romana legislazione, son profondamente false da noi, e l'errore deriva qui, come in molte altre circostanze, dalla facilità con cui si accettarono le tradizioni che furono rotte dal Codice. Garran, che non tratta questa quistione come avremmo desiderato, diceva con molta ragione che tanto difficile sembrava la materia della novazione, « perchè male a proposito vi si applicano le leggi romane, che qui come in altre circostanze han principî puramente relativi al loro sistema speciale di legislazione (*loc. cit.*) ».

752. Non ci fermiamo sul principio che un'obbligazione estinta non può rivivere. Imperocchè da una parte noi sosteniamo appunto, che, riguardandosi come non mai esistito il secondo debito perchè annullato, il primo perciò si ha come non mai estinto. Dall'altra parte, quand'anche il debito si riguardasse come assolutamente estinto, e si osservasse la regola della glossa come un testo di legge, basterebbe osservare che tal regola dichiaravasi applicabile, salvo qualunque eccezione voluta dalla equità: *obligatio semel extincta non reviviscit*, NISI JUXTA CAUSA SUBSIT EX QUA ÆQUITAS SUBVENIAT.

Esaminiamo ora se nel nostro dritto francese possa applicarsi l'idea che l'obbligazione annullata per incapacità lasci sussistere un'obbligazione naturale che basti ad operare la novazione.

In Roma era molto estesa la classe delle obbligazioni puramente naturali, e così doveva essere in una legislazione ordinata del tutto contro la natura delle cose. Da canto alle regole non naturali, organiche della parentela (secondo le quali il figlio non era parente con *sua madre*, o al più poteva averla per *sorella*) il dritto romano aveva pure le sue regole non naturali per la creazione delle obbligazioni; e qua-

(1) Toullier (VII, 298, 300 e 302); Delvincourt, Duranton (XII-282); Dalloz (*Obbligaz.*, p. 606, numero 10); Zachariae (II, p. 395).

lunque debito non formato secondo queste speciali regole, per quanto fosse rispettabile e valido per la coscienza e la ragione, non essendo civilmente obbligatorio, rimaneva debito naturale. — In tal modo una convenzione di cui gli autori fossero capaci, e positive e mature le reciproche promesse, per quanto in fatto e in equità ella potesse essere profondamente obbligatoria, non partoriva alcun civile effetto, creando col nome di *patto* naturali obbligazioni, quando non era rivestita di questa o quella forma richiesta dal *jus civile*. — Da noi, al contrario, la legge ha voluto mettersi d'accordo coll' indole stessa delle cose, e le regole del dritto per quanto è possibile, non si allontanano dalla ragione. Per modo di esempio, nel nostro dritto francese l'obbligazione convenzionale può formarsi da per tutto e sempre col semplice consenso, anzichè formarsi soltanto *re*, *litteris* o *verbis*, e risultare dal solo consenso nei quattro casi eccezionali e privilegiati; e le mille convenzioni che in Roma sarebbero state patti privi di qualunque forza giuridica, sono per noi veri contratti produttivi di civile obbligazione. Oggidì adunque è tolta via in principio la classe delle obbligazioni puramente naturali, e si conserva solo per una rara eccezione.

E ciò è chiaro, dacchè da noi tutte le obbligazioni naturali ossia riconosciute dall'equità, lo sono anche dal dritto.

Per quanto riguarda la obbligazione degl'incapaci, non bisogna credere che annullata che ell'è, continui ad essere per la legge un'obbligazione naturale. Allorchè il nostro legislatore dichiara nulla la promessa del minore, dell'incapace, o della donna maritata, egli non crede che la sia valida in equità (perchè se lo fosse, la dichiarerebbe valida in dritto), ma perchè gli sembra che quelli i quali l'han contratto non fossero in quelle condizioni richieste, affinchè ragionevolmente si obbligassero, e la dichiara nulla civilmente, presumendola naturalmente nulla.

Che se l'incapace, fatta prima annullare la promessa, la esegue poi regolarmente, o in altro modo ne riconosce la validità (da se stesso divenuto capace, o per mezzu dei suoi rappresentanti legali), da tale adempimento o da tal confessione sorge la prova che la presunzione del legislatore non poteva applicarsi a quel caso speciale; ma allora soltanto la promessa, civilmente annullata, era rimasta naturalmente obbligatoria. Pertanto, mentre in Roma la promessa civilmente nulla, poteva ben riconoscersi come naturalmente obbligatoria; da noi, all'incontro, la promessa annullata in dritto, lo è parimente in fatto ed in equità fino alla prova contraria, la quale può risultare dallo adempimento o da qualsivoglia altro atto, da cui sorga la manifesta confessione che l' annullata obbligazione sia valida.

Di che segue, che nello spirito della nostra legge francese la promessa che si è fatta annullare dall'incapace, non esiste in equità nè in dritto, e non obbliga nè naturalmente nè civilmente. Dunque la obbligazione che l' incapace mi ha consentito (in luogo o d'un' altra sua obbligazione, o dell' obbligazione di un altro debitore), e poi fa dichiarare nulla, non è mai legalmente esistita civilmente e neanco naturalmente; la condizione delle due obbligazioni di cui la seconda sostituisce la prima, non si è recata in effetto; non si è compita la novazione che si è creduto di fare, e ha continuato la obbligazione primitiva che si è creduto estinguere.

753. Queste osservazioni che rispondono alla pretesa esistenza di un' obbligazione naturale nella promessa annullata dello incapace, bastano altresì contro la autorità della decisione di Giustiniano che è stata allegata nel contrario sistema; ma dobbiamo aggiungere una speciale osservazione, onde meglio far comprendere l'applicabilità delle regole romane alla quistione di cui trattiamo.

In Roma, la novazione potea farsi soltanto colle parole solenni della stipulazione, la quale, come si sa, era uno degli atti più strani e rilevanti da canto al bizzarro formalismo di cui gli ultimi vestigi furono tolti via dal Codice. Le parole regolarmente pronunziate, non avuto al-

con riguardo all'intendimento reale delle parti, erano a guisa di una magica verga il solo ed unico principio da cui generavasi il dritto. Con un positivo consenso, non essendo pronunziate le parole volute, il dritto non esisteva. Per l'opposito, il consenso, fosse anche viziato dall'errore o dalle violenze, essendo state pronunziate le parole, faceva esistere il dritto. Ora, siccome il pupillo, tuttocchè incapace di obbligarsi, aveva il dritto come cittadino Romano di figurare nella stipulazione; così esisteva la novazione, dacchè il creditore ed egli aveano pronunziato le parole richieste per farla. — All'incontro, se le parole si fossero pronunziate da uno schiavo o da uno straniero, sebbene atti a conoscere ciò che si facessero, e con la più perfetta volontà di novare, non poteva compiersi la novazione, perchè nè l'uno nè l'altro aveano il dritto di figurare nel solenne spettacolo della stipulazione. Adunque per la sola onnipotenza della forma, compievasi così la novazione, non ostante che una parte fosse impubere, come si sarebbe parimente compita non ostante la volontà di una parte costretta da violenza o indotta in errore. Or che hanno in comune un siffatto formalismo, e lo spirito del nostro dritto moderno che non bada alle parole ma alle cose, e vuole che ogni convenzione si esegua di buona fede, e tragga seco tutte le conseguenze secondo la equità (art. **1134**, **1135** (**1088**, **1089**))?

Dunque la incapacità della parte che si obbliga, produce la nullità non solo della obbligazione siffattamente contratta, ma anche della novazione, cotalchè sussiste sempre l'antico debito; come anche la incapacità della parte che rinunzia al debito antico, fa che si annulli non solo la rinunzia, ma anche il novello debito, facendo venir meno tutto intero il contratto di novazione. Ciò d'altronde risulta dal testo stesso del nostro articolo, secondo il quale la incapacità (la quale può solo essere allegata dall'incapace) fa sì che non si formi la *novazione*.

IV.—754. La novazione è come non avvenuta e fa sussistere la prima obbligazione tanto se la seconda sia annullata per incapacità, quanto se lo sia per errore, violenza o dolo. Qui secondo noi non potrebbe sorgere nemmeno il dubbio, essendo evidente che l'equità non meno che il dritto, non può osservare una promessa risultante dal dolo, dall'errore o dalla violenza. È chiaro in tal caso che la promessa civilmente annulluta non esiste come obbligazione naturale, e quindi non essendo mai esistita anche come puramente naturale la seconda che doveva far la novazione con sostituirsi alla prima, non può esservi affatto novazione.

Dippiù Toullier confessa (n. 249) che in tal caso la novazione si ha come non avvenuta, e la prima sussiste sempre. Egli dà un motivo falso, perocchè dice che per effetto del dolo, della violenza o dello errore, la obbligazione è radicalmente nulla e non esiste di pieno dritto, mentre, come di sopra abbiamo visto (art **1109**, **1110**, numero II, **1111**, **1115**, **1116** (**1063**, **1064**, **1065**, **1069**, **1070**)), è quella una semplice causa di annullamento, come la incapacità. Ma benchè falso il motivo, la decisione è esatta, e fa meraviglia che Zachariae censuri insieme questa e quello.

Secondo lui estinguesi la prima obbligazione non ostante si annulli la seconda per errore, violenza, dolo; allegandone per motivo, che se il debitore ha contratto la novella obbligazione per errore, violenza o dolo, il creditore non ha rinunziato alla prima per gli stessi motivi; la rinunzia di costui, non essendo viziata come la nuova promessa, deve mantenersi. Così fatta una strana confusione, si rende identica la estinzione mercè la *novazione*, con la estinzione mercè la semplice rimessa di cui parleremo nella seguente sezione. Senza fallo, essendosi estinta l'obbligazione con la semplice e diretta rimessa fattane dal creditore, dovrebbe costui che vorrebbe fare annullare la rimessa, provare che sia viziata e possa annullarsi per questa o quell'altra circostanza. Ma ove si tratti di *novazione*, cioè di una rimessa fatta col far sostituire una seconda alla prima obbligazione, provandosi che la seconda non sia

mai esistita, la prima non lo sarà nemmeno, dacchè la novazione non ha potuto effettuarsi.

V.—755. Esaminiamo ora un ultimo caso, quello cioè in cui la seconda obbligazione fosse soggetta ad una condizione sospensiva o risolutiva.

In Roma, essendo condizionale cioè soggetta ad una condizione sospensiva (1) una delle due obbligazioni, o l'antica o la nuova, non poteva farsi novazione; e così doveva essere in una legislazione in cui con rigore matematico si era attaccati ai principî della scienza giuridica che formava una specie di geometria sacra, per la quale nulla valeva la volontà dei contraenti. La promessa condizionale, dicevasi, non è in rigore una obbligazione, ma soltanto la speranza d'una obbligazione, *spes est tantum debitum fore*.

Or non può farsi novazione che fra due obbligazioni. Cotesta regola, come insegna Zachariae, fu riprodotta da Pothier (numero 550, 551) e deve seguirsi sotto il Codice civile. Grave errore.

La promessa condizionale non è una obbligazione perfetta ma imperfetta; avendovi promesso 500 franchi se ritorni quel naviglio, io sono immediatamente legato in qualche cosa, non ho più tutta intera la mia libertà, non potendo fare che il naviglio non ritorni e che io non debba pagarvi i 500 franchi. Essendo *legato* in qualche cosa, evvi una certa *obbligazione*, un certo *vinculum*; e l'essere questo legame meno stretto di quell'altro, è forse una ragione perchè io non possa liberarmene come di qualunque altro? Se noi conveniamo che invece di star soggetto alla obbligazione convenzionale di 500 franchi, io lo sarò ad un debito puro e semplice di 200 fr., per qual motivo o pretesto non si dovrebbe render valida una tal convenzione? Viceversa, se torna utile al mio creditore ed a me di sostituire ad una obbligazione pura e semplice di 200 franchi una obbligazione condizionale di 500, perchè mai la convenzione non dovrebbe avere il suo effetto? Infine, perchè non si osserverebbe parimente la convenzione con la quale sostituiamo il debito condizionale di 500 franchi al debito parimente condizionale di un cavallo?

Nel nostro dritto francese qualunque convenzione lecita e fatta con intendimento di obbligarsi, è obbligatoria. Però qualunque condizione di estinguere una con altra obbligazione, avrà tutto il suo vigore, tanto se fosse condizionale l'una o ciascuna delle due obbligazioni, quanto se ciascuna di esse fosse pura e semplice.

Senza fallo, riconoscendosi che le parti abbiano voluto sostituire la novella all'antica obbligazione, in quanto si fosse compita la condizione imposta ad una delle due, si dovrà osservare la loro volontà; non perchè la novazione non può farsi con l'obbligazione condizionale, ma perchè le convenzioni devono da per tutto e sempre eseguirsi di buona fede come le parti hanno voluto (art. 1134 (1088)).

In breve qui non vi ha nè può esservi quistione d'intenzione.

756. La contraria soluzione di Zachariae ripugnerebbe tanto alle nostre idee francesi, e tanto è da non ammettersi, che Delvincourt e Duranton (XII, 296, 300) i quali ammettono la falsa idea del professore tedesco, vogliono anzi esser contraddittori ed assurdi che adottarne la soluzione. Essi dicono che la regola romana di non potersi fare una novazione, essendo condizionale uno dei debiti, è anche oggi un *principio* del nostro dritto, ma che si farà *eccezione* quando le parti avranno così voluto. Così si giunge al nostro risultamento storcendo le cose e con idee contraddittorie; così si bandisce prima, che il principio romano esiste sempre, e si confessa poi che più non esiste. Imperocchè, quando si dice che le parti possono oggi far novazione, non ostante che uno dei debiti sia condizionale

(1) In fatti qualunque condizione è necessariamente sospensiva, e quella che il Codice dice risolutiva non è altro che una condizione *sospensiva* che versa (al *risolvimento* della obbligazione (articolo 1168, n. 1 (1121)).

perchè questo è il loro volere, ciò importa che non è impossibile far la novazione essendovi debiti condizionali, e per conseguenza, che il principio del dritto romano è stato tolto via.

Infatti, come mai il nostro Codice che vuole indagare nelle convenzioni la volontà delle parti, avrebbe potuto adottare un principio che per lo più avrebbe contraddetto quella volontà e snaturata la convenzione? Io convengo con voi di sostituire al mio debito puro e semplice di 200 franchi il debito condizionale di un cavallo che vale 400. Secondo il dritto romano, non vi ha di presente novazione, ma solo se la condizione prevista si avvera e fa che esista perfettamente la seconda obbligazione. Or bene, evvi in ciò insieme menzogna ed iniquità.—Menzogna; imperocchè dir che la novazione non si opera immediatamente, ma se la condizione prevista si compia, importa togliere dalla seconda obbligazione una condizione appostavi, e trasportarla sulla novazione stessa a cui non abbiamo voluto apporla; render puro e semplice ciò che abbiam voluto condizionale, e viceversa; abbiamo inteso sostituir *puramente* quel debito con quell' altro *condizionale*, e la legge romana dichiara che abbiamo sostituito *sotto condizione* quel debito con un altro *puro* e *semplice*; importa mentire in uno due volte alla realtà delle cose per farsi giuoco delle nostre intenzioni e snaturarle! Ed eccovi le inique conseguenze di tal sistema. Rimanendo pura e semplice la novazione come abbiam voluto, estinguesi tosto il mio debito di 200 franchi; e l'obbligazione condizionale che lo sostituisce, se offre la possibilità di farmi pagare un valor doppio avverandosi la condizione, mi dà viceversa la possibilità di nulla pagare, ove la medesima condizione non si avveri; ciò è perfettamente giusto. Al contrario, secondo i principî romani, avverandosi la condizione, vi sarà novazione, ed io pagherò l'oggetto di 400 franchi; non avverandosi quella, la novazione non potrà aver luogo; io sarò tenuto sempre al primo debito e pagherò i 200 franchi, cotalchè potrò pagare il doppio senza speranza di pagar meno!

Or come mai siffatti principî avrebbero potuto essere stanziati dal nostro Codice?

757. È forza adunque riconoscere che la regola romana venuta fuori dalle forme rigorose colle quali compievasi la novazione (forme che operano o non operano secondo le cause nelle quali per nulla entrava la volontà delle parti) è sparita dal nostro dritto insieme colle forme medesime. È forza riconoscere che nel contratto di novazione, come in qualunque altro, le parti son libere di fare pura e semplice la loro convenzione (sebbene sia condizionale una o ciascuna delle due obbligazioni a sostituire) ovvero condizionale (sebbene le due obbligazioni sieno pure e semplici); che va conforme allo spirito del Codice, perchè lo è alla ragione e all'equità, il poter sostituire l'una all'altra delle obbligazioni condizionali, non ripugnandovi affatto che elle imperfettamente esistano; e che infine l'intenzione delle parti intorno a ciò sulla regola che bisogna seguire in tale caso, debbasi qui come sempre determinare dalla loro intenzione, ed ove questa non basti, dalla indicazione che le circostanze daranno alla loro volontà.

Delle quali circostanze la più significativa sarà di ordinario il valore comparato degli oggetti delle due obbligazioni. Supponiamo a mò di esempio, aver noi convenuto, senza specificare il nostro pensiero, che invece di rimaner debitore del cavallo che dovrei rilasciarvi entro sei mesi, e che ha presso a poco il valore di 500 fr., io vi dovrò in quel tempo la somma di... se ottengo quel posto: lo ammontare della somma promessa potrà spesso esser per se solo bastevole affinchè si colga la idea non compiutamente espressa dai contraenti; se la somma è di 1,500 fr. per esempio, si comprenderà che le parti han creduto applicare tal condizione alla nuova obbligazione e non già alla novazione, che non si è voluto sostituire *sotto condizione* il debito del cavallo coll'altro *puro e semplice* dei 1,500 fr. Il debitore infatti non avrebbe voluto pagare per ben tre volte il primitivo valore dovuto, se non

avesse sperato nella possibilità di non pagar nulla. Il pensiero adunque è necessariamente questo 1° checchè ne segua, il debito del cavallo è estinto; 2° invece di questo, il debitore ne contrae altro condizionale di 1,500 fr, pagherà tal somma se ottiene il posto, e nulla nel caso contrario. Ma se la somma da pagarsi rappresentasse il valore del cavallo, la condizione si riferirebbe alla stessa novazione, e non alla nuova obbligazione. Imperocchè il creditore non ha potuto sottrarsi all' evento di non ottener nulla senza la reciproca possibilità di ottenere un vantaggio maggiore. In questa seconda ipotesi necessariamente segue che ottenuto il posto si pagheranno 500 fr. invece del cavallo, e nel caso contrario si dovrà sempre il cavallo.

758. Non vi ha bisogno che si osservi come la condizione, sia sospensiva o risolutiva, potrebbe benissimo, volendolo le parti, riferirsi in uno alla novazione e alla nuova obbligazione con cui si forma. In tal modo possiamo noi convenire che il presente mio debito sarà sostituito da un altro, se il tale avvenimento avrà effetto; e che la nuova obbligazione sarà soggetta ad altra condizione: per esempio, se quella nave ritorni dalle Indie da qui a tre mesi, io sarò obbligato al secondo e non più al primo debito, e per la seconda obbligazione io dovrò pagarvi la tal somma se sposerò la tal persona.

VI. — 759. Vedremo adesso quali effetti producono lo annullamento, e la condizione apposta nella prima obbligazione.

La novazione, come si è detto e come lo vuole il buon senso, richiede per compirsi due obbligazioni; nel modo stesso che non può estinguersi con la novazione l'antico debito non contraendosene altro, così non potrà esistere il nuovo, non essendovene un altro da estinguere, o non esistendo legalmente quello che vorrebbesi estinguere. La seconda obbligazione in tal caso sarà stata contratta per una falsa causa e sarà quindi del tutto nulla (articolo 1131 (1085)). Annullandosi dunque una obbligazione che è stata l'oggetto di una novazione, e perchè annullata non essendo mai esistita, la novazione sarà come un fatto non avvenuto in dritto, e la seconda obbligazione non esisterà.

760. Sembraci senza difficoltà alcuna questa prima soluzione, ma può essere cosa più difficile il conoscere in quali casi una obbligazione che può annullarsi, rimarrà tale non ostante la novazione di cui è stata l'oggetto. Essa non lo sarà sempre di certo, perchè spesso colla novazione si rinunzia all'azione di nullità. Così allorchè un incapace, contratta una obbligazione che ei potrebbe far risolvere per la sua qualità d'incapace (o assistito dal tutore, o acquistato che abbia la sua capacità), vuole trasformare questa viziosa obbligazione in un' altra, che contrae regolarmente, vi è stata certamente rinunzia a far rescindere, ratifica del primo debito, e il debitore sostituendo una obbligazione da lui riconosciuta valida, si è soggettato alla nuova obbligazione. Sarebbe il medesimo, se il debitore avesse contratto la prima obbligazione per violenza, e di poi la rinnovasse di volontà propria. Che se il primo debito erasi contratto per errore o per dolo personale, la novazione conterrà la rinunzia all'azione di nullità se sarà provato (o dai termini dell'atto, o dalle circostanze) che il debitore al momento della novazione avea scoverto l'errore o il dolo. Nel contrario caso l'azione di nullità sussisterebbe sempre. In breve, la novazione consentita dal debitore supporrà e proverà la rinunzia al dritto di fare annullare, quando gli era noto il vizio della obbligazione che novava. Nel caso contrario, l'obbligazione potrà sempre esser annullata, e allora non è esistito al tempo della novazione, e questa sarà nulla.

761. Ma che cosa si deciderà, se la novazione dell'obbligo che può annullarsi non si facesse tra il creditore e il debitore, ma tra il primo ed un terzo? Pietro è debitore di 500 fr. per una convenzione che può essere annullata o per incapacità, o per errore, violenza o dolo; e Paolo si è obbligato di pagare al creditore i 500 franchi invece di Pietro che per conseguenza non è più debitore: qual sarà lo

effetto di tal novazione, supposto che Paolo faccia annullarla? La quistione ci sembra delicata; pure ecco le regole che ci pare doversi seguire.

Se al momento della novazione si ignorasse dal terzo il vizio della prima obbligazione, devesi dire (come per la novazione consentita con ignoranza di causa dallo stesso debitore) che non essendo mai esistita la prima obbligazione per effetto dell'annullamento, la novazione è come non avvenuta, e la nuova obbligazione nulla per mancanza di causa. Che se il terzo conoscesse il vizio della prima obbligazione, la novazione così da lui consentita con conoscenza di causa sarebbe ancor nulla in principio, diversamente da quella che avrebbe consentito il debitore nelle stesse condizioni; ma verrà meno tal principio in faccia alle circostanze del fatto. La novazione consentita da un terzo non toglie al debitore il dritto di far annullare il suo debito, il quale in conseguenza tenendosi come non mai esistito, ne seguirà che la novazione non è stata legalmente possibile. Tale è il principio; ma se in fatto è riconosciuto o per espressa dichiarazione delle parti, o per le circostanze, che il terzo ha voluto obbligarsi anche per il caso in cui il primo debito fosse annullato, cosa che potrebbe spesso avvenire (l' obbligazione del terzo potrebbe anche essersi appunto contratta prevedendo e temendo un annullamento che egli crede contrario alla equità), dovrebbe allora dirsi, che annullandosi civilmente quella obbligazione che sebbene viziosa in dritto, fu dal terzo riguardata come perfettamente valida in equità, per la novazione rimarrà sempre come avesse sostituito un nuovo debito civile ad uno civilmente annullato, ma che naturalmente esiste agli occhi dei contraenti.

762. Se dopo l' annullamento del primo debito, il debitore o un terzo che di quello ha avuto conoscenza fa la novazione, non potrebbe sorgere dubbio. Sarebbe evidentissimo allora che si è inteso novarlo, non come obbligazione civile (perchè come tale è già annullato) bensì come obbligazione naturale; e per conseguenza, la novazione produrrebbe tutti i suoi effetti. Si applicherebbero le soprariferite distinzioni, se dopo l'annullamento la novazione fosse consentita da un terzo che ne sia ignaro, come se la novazione fosse fatta prima.

Finalmente per quel che riguarda l'essere condizionale il primo debito, dovranno applicarsi le regole analoghe a quelle del precedente numero: cioè secondo la intenzione delle parti, che si valuterà secondo le circostanze, ove manchi una espressa dichiarazione, sarà deciso se la condizione sospensiva o risolutiva, apposta alla prima obbligazione, debba o pur no riferirsi alla seconda.

VII. — 763. Spiegando questo articolo abbiam parlato solo delle obbligazioni che possono annullarsi, e non di quelle radicalmente nulle, cioè, insistenti di pieno dritto. Non può esservi per queste alcuna difficoltà: non può esservi novazione, essendo nulla radicalmente, non esistendo assolutamente l'obbligazione alla quale voleva sostituirsene una nuova, o quella che volevasi sostituire all'antica. La novazione che è il sostituire una obbligaziono ad un' altra, richiede due obbligazioni, e se basta che una o ciascuna di esse obbligazioni abbia una esistenza viziosa (per incapacità o altro), o puramente naturale (come obbligazione già annullata, ma riconosciuta valida in equità), o semplicemente condizionale, bisogna in ogni modo che abbia una esistenza qualunque. Se l' una dunque delle obbligazioni sussisteva in apparenza e non in realtà, se tale obbligazione, a modo di esempio, era stata contratta con persona priva di senno, ovvero contro ai buoni costumi, la novazione non avrebbe effetto. In ciò tutti sono unanimi.

1273 (1227). — La novazione non si presume: conviene che risulti chiaramente dall'atto la volontà di effettuarla.*

SOMMARIO

I. I tribunali non possono riconoscere la novazione che quando ella risulti evidente.
II. Esempi di novazione col semplice cangiamento del debito. Quando avviene? Diversi errori di Duranton.
III. Applicazione del principio alla novazione per mutamento di debitori, che forma ora una expromissione, ora una delegazione.
IV. Applicazione alla novazione per cangiamento di creditori.
V. Quando falsamente si è riconosciuta dai tribunali una novazione, si può ricorrere alla cassazione. Contraria opinione di Duranton rigettata dalla Corte Suprema.

I. — 764. Le tre primitive maniere di novazione possono poi combinarsi e concorrere in modo che si formi di loro una quarta ed una quinta classe, che può avvenire, ma non è affatto necessario distinguere. La novazione infatti avviene 1° cangiandosi il debito (restando i medesimi il creditore e il debitore); 2° cangiandosi il debitore, e 3° cangiandosi il creditore. Ora in tutti i casi o in qualunque modo si formi, la novazione dev'essere riconosciuta ove la intenzione di farla risulti chiaramente dichiarata, ovvero manifestata dalle circostanze. La quale intenzione deve chiaramente risultare o dagli stessi termini delle parti, o dalle circostanze. Non bisognerebbe credere che il nostro articolo parlando di un *atto* abbia voluto pretendere una scrittura dai termini della quale riesca evidente la novazione. L'atto è la convenzione che fanno le parti, *quod actum est*. Ma in qualunque modo si manifesti la volontà, la dev'essere abbastanza chiara. Infatti con ciascuna delle tre specie di novazione esistono convenzioni che presentano qualche analogia, e spesso si incorrerebbe in errore e si darebbe alla volontà delle parti un effetto maggiore di quello che abbiano voluto, se troppo facilmente si ammettesse la novazione.

II.—765. Allorchè fra noi si conviene che voi pagherete in un anno soltanto i 5,000 franchi che dovevate pagarmi a mia volontà, non bisognerebbe da ciò inferire una novazione, o che non essendo più lo stesso debito (dacchè ora è a termine, mentre prima era puro e semplice) le garenzie del primo non proteggeranno l'altro: si andrebbe troppo in là, e si *presumerebbe* la novazione mentre ella deve *provarsi*. Puossi anche aggiungere un termine ad una obbligazione lasciandola sussistere tal quale era.—Parimente, se si conviene che un credito chirografario mi si dovrà da voi con ipoteca, non si sostituisce con ciò un debito ad un altro, ma si aggiunge solo ad un debito un nuovo accessorio; e se il debito era inoltre garentito da una fideiussione, questa sussisterà.

Ma si sostituirà uno ad altro debito se pei 5,000 franchi che siete tenuto pagarmi a quel tempo voi mi costituite una rendita perpetua di 250 franchi. Ciò era molto controverso nell'antico dritto, e secondo il più degli scrittori e delle decisioni sussisteva sempre in questo caso il medesimo debito; ma bisogna rigettare tale errore come fanno Toullier (n. 288) e Duranton (n. 288) e Pothier medesimo (n. 559, articolo 4, § 3). Infatti non è evidente che così il debito muterebbe natura trasformandosi quello di una somma esigibile in debito di una *rendita*. La rendita è il dritto di ricevere le annualità o durante

* Per determinare la volontà che ebbero le parti di novare, si può ammettere qualunque mezzo di pruova, niuno escluso, provegnente da documenti privati e pubblici, precedenti, concomitanti e susseguenti, da equipollenti, da presunzioni, da congetture gravi, precise e concordanti. C. S. di Napoli, 16 giugno 1846.

La novazione debbe risultare chiaramente dall'atto: e come esame di fatto, non è censurabile la decisione che la esclude. C. S. di Napoli, 5 novembre 1850.

la vita di una persona o in perpetuo, senza che si possa mai domandare il capitale; quindi essa non è un capitale. Senza fallo, la rendita può costituirsi col pagamento di un capitale, come si acquista una casa; ma la rendita non è più il capitale, come la cosa non è la somma pagata per acquistarla. Or la rendita e il capitale essendo due cose distinte, ne segue che i due debiti non hanno il *medesimo oggetto*; dunque essi differenziano grandemente l'uno dall' altro. Quindi evvi novazione quando si trasforma un capitale dovuto in una rendita, e di conseguenza estinguesi il primo debito con tutti i suoi accessori.

766. Questa decisione intorno a cui oggidì non è controversia, ci sembra incontrastabile, ma non bisogna dire come fa Duranton, che in tal caso il creditore si stima abbia ricevuto dal debitore la somma dovuta e poi gliela abbia rimessa, e che queste due tradizioni, soppresse realmente *celeritatis causa*, hanno estinto, l'una, la prima obbligazione, e l'altra, la causa della seconda. Se fosse così, sarebbe pagato il primo debito, secondo dice il dotto professore. Or gli è uno strano ragionamento il dire che il debito si è estinto per *pagamento* onde provare che si è estinto per *novazione*! In questo, come in tutti i casi di novazione, il primo debito estinguesi sostituendosi il secondo (e non già con un pagamento fittizio), e il secondo ha per causa lo estinguersi del primo (e non già un pagamento fittizio del creditore al debitore della somma che fittiziamente si fosse pagata al creditore).

Se fosse vero che ogni novazione contiene fittiziamente e legalmente l'adempimento della prima obbligazione; se ciò, come dice Duranton, era il *carattere distintivo* ed ESSENZIALE *della convenzione*, la novazione non dovrebbe tenersi come un modo di estinzione, dacchè in tutti i casi il debito sarebbe estinto col *pagamento*. Allorquando avete voluto prendere il mio podere in luogo dei 60,000 fr. di cui ero debitore verso di voi (o riteneva essere) e abbiam così fatto quella specie di novazione che dicesi *dazione in pagamento*, si stimerà che voi abbiate ricevuto da me i 60,000 franchi onde pagare il mio debito, ed avermeli poi rimesso come prezzo del mio podere, che si stimerà avervi venduto: quindi nella dazione in pagamento si riterrà che si fosse *pagato* il debito e *venduta* la casa. Ma non è così, e il medesimo Duranton (n. 81, § 1) ha detto secondo Pothier, che non bisogna paragonare la dazione in pagamento alla vendita, che il debitore farebbe al suo creditore, anche senza che da una parte e dall'altra si sia pagato danaro, e con istabilirsi che il prezzo della vendita *fosse il pagamento* della somma dovuta. Duranton (par. 5, e 6) insegna bene a ragione che nel caso di vendita, ove non esiste il debito che mal si era supposto, il debitore il quale ha venduto la cosa, potrebbe ridomandare soltanto il danaro, e che nel caso di dazione in pagamento, egli rivendicherebbe la cosa medesima.

In vero, se con un pagamento (anche fittizio e senza l'effettiva tradizione di danaro) ho estinto il mio preteso debito di 60,000 franchi e poi vi vendo il mio podere per una egual somma, la vendita certamente non ha alcun vizio, e si sono indebitamente pagati i 60,000 franchi. Ma se invece ho fatto una dazione in pagamento, il mio preteso debito di 60,000 franchi si è estinto sostituendo il novello debito del podere, che tosto ho estinto con la consegna dell'immobile; or non essendo mai esistito il primo debito dei 60,000 fr., nemmeno è esistito il secondo che doveva formarsi per sostituir quello; di conseguenza io posso ridomandare il podere che indebitamente vi ho rilasciato onde estinguere il secondo debito.

767. Se poi siavi stato *pagamento* del debito di somma determinata, e *vendita* della cosa, ovvero *dazione* della cosa in *pagamento* (cioè novazione col sostituire il debito della cosa a quella della somma, e poi immediato adempimento del debito della cosa), è questa una questione di intenzione da risolversi coi medesimi termini della convenzione, ovvero colle circostanze, ove manchi una espressa dichiarazio-

ne; ed è naturale che si ammetta con Cuiacio (Observat., l. 19, cap. 38) che fosse abbastanza provato l'intendimento di vendere, quando la cosa si è consegnata mercè una stima. Perchè mai si sarebbe stimata la cosa, se non si fosse voluto venderla per un prezzo che sarebbe il pagamento della cosa dovuta, ma invece darla come oggetto diretto di una novella obbligazione sostituita al debito della somma determinata? Del resto, essendovi assoluto dubbio, e non una circostanza da cui possa risultare l'intendimento delle parti, si dirà esservi stata vendita, dacchè secondo il nostro articolo non può ammettersi novazione se non quando è chiara.

768. Da ultimo, riguardo alla novazione che avviene col solo cangiarsi il debito (rimanendo i medesimi il creditore e il debitore) esaminiamo un punto molto controverso, sebbene per noi semplice, cioè se vi sia novazione quando un creditore, il quale per sicurezza del suo credito ha qualche speciale garenzia, accetti soltanto dei biglietti sottoscritti in pagamento del debito. Per modo di esempio, se un venditore non pagato, il quale ha un credito privilegiato (art. 2102-4 e 2103-1 (1971-4° M, 1972 M)) e può far risolvere la vendita onde rivendicare la cosa venduta (articolo 1184 e 1654 (1137 e 1500)) accetta dal compratore biglietti per il prezzo dovuto, e gliene fa una implicita quietanza, o se si vuol supporre una formale del prezzo, mercè di essa avviene la novazione: il credito per cui potevasi agire colla qualità di venditore è estinto e sostituito da un novello credito, per modo che il creditore non potrebbe più esercitare il privilegio degli art. 2102 e 2103 (1971 e 1972 MM), nè chiedere che il contratto si risolvesse. Se il venditore che accetta i biglietti e ne fa quittanza, si è spiegato in questo o quel modo, la cosa andrà piana; se egli ha dichiarato di riserbarsi i suoi dritti di venditore, e liberare il compratore quando si sarebbero pagati i biglietti, non vi è novazione; e se viceversa egli ha formalmente abbandonato questi dritti, esiste la novazione. Ma se nulla ha detto, se non ha espressamente nè abbandonato nè riserbato, cosicchè la intenzione sia *dubbia*, che dovrà decidersi?

Alcuni scrittori, e specialmente Duranton (XII, 287) positivamente insegnano esservi in tal caso novazione. Cotesto è grave errore. Imperocchè la quietanza, per ipotesi, non contiene esplicitamente nè riserba nè abbandono dei dritti del venditore: poichè può nascere il *dubbio*, la novazione non è *chiaramente stabilita*. Secondo il nostro articolo non esiste allora novazione, la quale non può mai presumersi; e ove manchi una formale dichiarazione, fa mestieri che risulti dalle circostanze. Or come può dirsi di essere non *probabile* (e sarebbe molto) ma *certo* che il venditore rinunzi, senza dirlo, alle sue più preziose garenzie, lieto soltanto dei biglietti a lui dati? Per lo incontro è semplicissimo il riconoscere, che il venditore abbia voluto soltanto accettare i biglietti, come un modo di pagamento del debito che egli voleva conservare con la maggiore possibile energia, e non inteso liberare il suo creditore, che quando si sono pagati i biglietti.

Questo vero vien consacrato da una costante giurisprudenza, sebbene Duranton asserisca il contrario (1).

III. — **769.** Possono egualmente insorgere dubbi intorno alla novazione che avviene col cangiarsi del debitore. In fatti, quando un'altra persona, o per proprio suo moto, o presentatami dal mio debitore, si obbli-

(1) Cassaz., 19 ott. 1811; Poitiers, 28 gennaro 1823; Rig. (sopra decisione conforme di Metz), 28 giugno 1823; Rouen, 4 gennaro 1825; Parigi, 18 marzo 1825; Rig., 15 luglio 1825; Nancy, 4 gennaro 1827; Aix, 24 aprile 1827; Parigi, 20 giugno 1831; Limoges, 4 febbr. 1835; Amiens, 1° settembre 1838; Tolosa, 22 febbr. 1840; Cassaz., 22 luglio 1841; Orléans, 6 sett. 1842; Parigi, 23 gennaro, 13 nov. e 18 nov. 1841; Caen, 3 gen. 1849; Parigi, 13 giugno 1850 (Devill., 31, 2, 58; 35, 2, 222; 39, 2, 237; 40, 2, 126; 41, 1, 473; 42, 2, 591; J. du P., 1850, t. 2, p. 112-116). — Fa meraviglia che Duranton creda che la sua decisione sia sorretta dalla giurisprudenza, e che citando una sola delle molte decisioni, quella della Corte suprema dei 22 giugno 1841, la noti come conforme alla sua dottrina, mentre stabiliva il contrario, cassando una decisione profferita in quel senso!!!

ghi a pagarmi il credito, può senza dubbio avvenire che io riceva il novello debitore *invece* dello antico, e così liberi costui per novazione; ma può anche avvenire che voglia averlo per obbligato *insieme* con l'antico debitore. Anche qui, secondo il nostro articolo, il dubbio se si sia voluto fare una novazione trarrebbe la non esistenza di essa, dovendosi chiaramente stabilire.

Quando il novello debitore sostituito all' antico viene obbligandosi da se, dicesi esservi *expromissione*. Quando invece il nuovo debitore vien presentato al creditore dall'antico, concorra con l'antico o lo sostituisca, dicesi esservi *delegazione* (art. 1275 (1220)), la quale è imperfetta, essendovi il semplice concorso dei due debitori, è perfetta, sostituendosi l'uno all'altro, ossia colla novazione. Di che sorge che la novazione per mutamento di debitore avviene o per la expromissione, o per la delegazione perfetta.

Del resto, mentre la novazione per expromissione, cioè per la sostituzione di un novello debitore, che si è profferto da se, al pari che la novazione per semplice cangiamento di debito, e per cangiamento di creditore, dev'essere ammessa quando chiaramente risulti dall' atto compiutosi fra le parti; perchè si compia la novazione per delegazione, è necessario che il creditore abbia manifestato non solo chiaramente, ma *espressamente* la volontà di avere per solo debitore il novello obbligato (art. 1975 (1847)).

IV.—770. Finalmente il mutamento del creditore potrebbe altresì offrire un caso di cessione, ovvero di pagamento con surrogazione. Dippiù l'art. 1271 3° (1225 3°) vuole, perchè vi sia luogo a novazione, che, sostituendosi un novello creditore all'antico, il debitore si obblighi di nuovo.

Quando il debitore non avrà concorso al mutamento del creditore, non v'è nuovo impegno di lui, e quindi novazione, ma sì una cessione dello stesso credito a un novello creditore, ovvero estinzione del credito col pagamento fattone da quello che sostituiscesi al primitivo creditore. In tal caso, restando il debitore in disparte, non vi è dubbio, dacchè la novazione non può affatto avvenire. Ma quando il debitore interviene e consente all'atto, può sorgere il dubbio se egli abbia soltanto voluto riconoscersi tenuto al medesimo debito verso il novello creditore, ovvero costituirsi novello debitore di un debito simile, ma distinto.

I termini della convenzione spesso potranno dar luce intorno a questa alternativa. Se, per modo di esempio, si dice che il debitore è liberato del debito di 600 franchi verso di Pietro mercè un *novello debito* di somma esatta che contrae con Paolo, evvi certamente novazione, e non esistono più per Paolo le garenzie che potevano esistere in favore di Pietro. Ma non sempre sarà espresso chiaramente ciò che si vorrà fare, e nel dubbio si seguirà la regola del nostro articolo, cioè che la novazione non si presume, e i tribunali nel dubbio dovranno dichiarare che non esista.

V.—771. Il conoscere se un atto, e le circostanze di fatto che lo accompagnano, manifestino chiara la volontà di novare, sembra a primo aspetto quistione d'intenzione, valutazione di fatto, per cui sarebbero sovrane le Corti di appello, e non potrebbe mai ricorrersi alla Corte Suprema. È questa la dottrina di Duranton (XII-284) e di una decisione della camera delle richieste dei 19 giugno 1832.

Ma ove ben si ponga mente, dobbiamo seguire una idea diversa.

Da una parte, il nostro articolo pone come regola di dritto, che la novazione deve riconoscersi quando risulti chiaramente dall'atto, e vieta di ammettersi quella che non sorgerebbe chiara; d'altra parte l'art. 1271 (1225), determina le condizioni legali per cui può ricorrsi in atto la novazione. Di che segue, che una decisione la quale avrà riconosciuta la novazione in un caso in cui non evidentemente esistesse una almeno delle tre condizioni dell'art. 1271 (1225), avrà contraffatto alla legge, e violato gli art. 1271 e 1273 (1225 e 1227).

Ciò vien deciso dalla sopraccitata decisione di *cassazione* dei 22 giugno 1841:

« Attesochè, si dice, se appartiene alle Corti reali stanziare sovranamente intorno alle circostanze di fatto che possono far conoscere l'intendimento delle parti, e interpretare il senso della lettera delle convenzioni, appartiene alla Corte suprema il giudicare se le decisioni abbiano applicato le disposizioni di legge le quali dichiarano il carattere degli atti o determinano le condizioni per le quali esso si deve riconoscere: attesochè la volontà di far la novazione deve risultar chiara dall'atto; che l'art. 1271 (1225) enumera le condizioni legali della novazione; che quindi i giudici debbono non solo aver dichiarato che la volontà di operare la novazione chiaramente esista, ma come ella si è effettuata, e che riesce evidente dall'atto, che la condizione delle parti o la natura della obbligazione sieno state mutate in uno dei tre modi indicati dalla legge; che stando così le cose, la Corte suprema ha il dritto e il dovere di confrontar le dichiarazioni del giudice con le disposizioni dell'art. 1271 (1225): attesochè nella specie... ANNULLA ».

La camera delle richieste, la quale nel 1841 ammettendo il ricorso aveva abbandonato le sue idee contrarie del 1832, ha consacrato la nostra dottrina il 19 agosto 1844, pronunziando il rigetto non, come nel 1832, perchè le interpetrazioni di volontà, in questa come in altra qualunque materia, eran sottratte alla censura della Corte, ma al contrario perchè: « La Corte reale aveva consacrato il principio che la novazione debba risultar chiara dalla convenzione, e la volontà delle parti s'era ben manifestata in una delle tre maniere onde legalmente può costituirsi la novazione(1) ».

1274 (1220). — La novazione che si fa col sostituire un nuovo debitore, può effettuarsi senza il consenso del primo.

772. Un terzo, poichè può estinguere la obbligazione del debitore con la diretta esecuzione, col pagamento fatto alla insaputa del debitore (art. 1236 (1189)), potrà altresì estinguerla a sua insaputa mercè la novazione, essendo in ambi i casi eguale il risultamento per il debitore. Ma al contrario è ben ragionevole, come abbiamo veduto, che la novazione che può farsi come il pagamento, senza il consenso del debitore, non possa mai effettuirsi al pari del pagamento, senza il consenso del creditore (articolo 1243 (1196)); dappoichè la novazione è una convenzione fatta con quest'ultimo.

La novazione fatta per mezzo di un nuovo debitore senza il consenso dell' antico, si è chiamata *expromissione*.

1275 (1229). — La *delegazione*, colla quale un debitore assegna al creditore un altro debitore che si obblighi verso di quello, non produce novazione, se il creditore non abbia espressamente dichiarato la sua volontà di liberare il debitore che ha fatto la delegazione.*

(1) Devill., 45, 2, 40. — Le due camere della Corte suprema, come ben si scorge, son d'accordo intorno a ciò, e Duranton incorre anche qui in grande errore, presentando nella sua ultima edizione la decisione del 1832, come espressione della giurisprudenza presente della Corte.

* Massime della C. S. di Napoli.

— Chi accetta una delegazione per facile esazione, ed intanto escarcera il debitore, non si presume che abbia voluto novare al giudicato, e quindi può farlo nuovamente incarcerare. 2 maggio 1820.

— Se il creditore non è stato diligente a denunziare al terzo la delegazione, non può imputare al suo debitore il ritardo nel pagamento. 16 marzo 1824.

— La delegazione per facile esazione fa sì che la somma delegata non sia suscettiva di sequestro. 22 febbr. 1840.

— La delegazione a pro di un terzo rimane estinta, se tra il delegante e il delegatario sia novato il contratto prima che il terzo abbia accettata la delegazione. 28 nov. 1844.

— La delegazione di pagamento è efficace, non ostante che il creditore delegatario non sia intervenuto nello strumento. — La delegazione produce ancora l' obbligazione personale, oltre la ipotecaria. 2 dic. 1845.

773. Si è da noi detto nell'art. 1273 (1227) che chiamasi dal Codice delegazione ogni atto con cui il debitore dà al suo creditore un nuovo debitore, sia che il creditore abbia questo ultimo come il solo obbligato invece dell'antico, o solo come coobbligato, non isvincolandosi il primo; in modo che oggi si distinguono la delegazione che reca novazione, e quella che non ne reca.

In Roma e nel nostro antico dritto la parola *delegazione* esprimeva solo il caso in cui havvi novazione, in cui l'antico debitore ne dà un altro in sua vece (Pothier, n. 564); ma è quistione di parole.

Abbiamo anco fatto conoscere che per una novazione con delegazione non fa di bisogno, come negli altri casi, che la evidente volontà delle parti sia manifesta con una clausola qualunque, bastando che il creditore si contenti del nuovo debitore. Si è di certo pensato doversi temere, più in questo che negli altri casi, che i giudici fossero corrivi a riconoscere l'intenzione di novare; per cui la legge si è contentata in questo caso della regola generale dell'articolo 1273 (1227).

Non importa che colui il quale si obbliga invece del primo debitore, cioè *il delegato*, fosse o no il debitore di quello (il *delegante*) purchè si obblighi in faccia al creditore. Solo quando il delegato dovea anche al delegante quel che ha promesso al creditore, la delegazione (ed è questo singolare) reca in atto due novazioni insieme, o per dir meglio una che estingua due debiti, l'uno cangiando il debitore, e l'altro cangiando il creditore. E si è da noi visto (art. 1271 (1225) *in fine*) che quel che si è detto per due obbligazioni, può effettuarsi per molte.

774. Anche allora che il delegato si fosse obbligato perchè reputavasi debitore del delegante, e si sarebbe di poi riconosciuto non esistere il preteso credito, la novazione, come anco l'obbligazione del delegato, esisterebbe sempre, giacchè l'obbligazione contratta da colui ebbe per causa, non l'esistenza del suo preteso debito verso il delegante, ma l'estinzione del debito di costui verso il creditore (articolo 1108, n. 5 (1062)). Quel che vien meno in tal caso è forse stato il motivo, ma non la causa del contratto; or solo per mancanza di causa la obbligazione è nulla.

È evidentissimo che il delegato diventi allora creditore del delegante per la somma di cui egli l'ha liberato, e per la quale ha in tal modo fatto il suo negozio.

Se l'obbligazione del delegante verso il creditore non esiste, la novazione sarebbe come non avvenuta, e l'obbligazione contratta dal delegato sarebbe nulla per mancanza di causa.

1276 (1230).—Il creditore che ha liberato il debitore da cui fu fatta la delegazione, non ha regresso contro di lui, se il delegato diviene insolvibile; purchè l'atto non ne contenga una espressa riserva, o che il delegato non fosse di già apertamente fallito, o prossimo a fallire nel momento della delegazione.

775. L'insolventezza del debitore, accettato espressamente come tale dal creditore invece del primo, non dà alcuna azione in vantaggio del creditore contro il primo debitore: essendosi da lui accettato un nuovo debito invece dell'antico; il nuovo valga quel che valga, è fatto suo. Tale è il principio; ma si farà eccezione se il creditore ebbe cura di stipulare tale azione, dovendo la convenzione avere qui effetto come sempre. Havvi anche un secondo caso in cui la legge per gravissime circostanze accorda l'azione al creditore che non l'ha stipulato; cioè quando il delegato al tempo della delegazione era fallito o decotto. Il creditore non si è in tal caso riserbata la sua azione perchè ignaro dello stato del delegato, ed è perciò che la leg-

— Se il debitore riceve quietanza per la sua obbligazione, e si obbliga estinguere la primitiva obbligazione di colui che quieta, si ha una novazione, e non semplice delegazione. 3 ag. 1852.

ge gliela accorda di pieno dritto.

Del resto, o vi sia una convenzione intorno a ciò, o fallimento o decozione, l'azione del creditore non deve confondersi con la nullità della novazione. Il creditore potrà chiedere all' antico suo debitore un ristoro per il danno cagionatogli dallo inadempimento della obbligazione del delegato, di cui egli deve rispondere o per la stessa convenzione o per la legge; ma il creditore non troverà il suo antico credito con gli accessori che potevano garentirlo; esso resta estinto, e la novazione sussiste; e si ha un' azione di ristoro perchè l'antico credito si estingue.

Ma tal nullità della novazione non risultante da una semplice convenzione di azione, potrebbe benissimo risultare da una convenzione *ad hoc* per cui la novazione sarebbe condizionale. Il creditore, in vece di stipulare soltanto che nel caso d'insolventezza del delegato potrà egli agire contro il delegante, può benissimo far che la novazione sia soggetta alla condizione sospensiva della solventezza del delegato, o a quella risolutiva della insolventezza di lui.

1277 (1231).—La semplice indicazione fatta dal debitore, di una persona che debba pagare in sua vece, non produce novazione.

Lo stesso ha luogo per la semplice indicazione fatta dal creditore, di una persona che debba per lui ricevere.

776. Indicandosi da un creditore o da un debitore, un mandatario che riceva o paghi in sua vece e nome, non mutasi il debitore o il creditore, nè si fa novazione.

Del resto, il nostro articolo (se mai avesse qualunque utilità) non sarebbe qui ben posto, essendosi dovuto collocare innanzi lo articolo 1276 (1230); imperocchè esso al pari che gli art. 1271-1275 (1225-1229) si riferisce alla quistione del quando e come si formi la novazione, mentre il precedente al pari che gl'articoli 1278-1281 (1231-1235) tratta degli effetti della novazione.

Togliere cotesta disposizione sarebbe stato il meglio. Il senso non si sarebbe mutato; e la sezione avrebbe presentato con metodo, nella prima parte, gli elementi onde si genera la novazione, e nella seconda, gli effetti che ella produce.

1278 (1232). —I privilegi e le ipoteche dell'antico credito non passano in quello che gli è sostituito, quando il creditore non ne abbia fatto espressa riserva.

1279 (1233).—Quando la novazione si effettua colla sostituzione di un nuovo debitore, i privilegi e le ipoteche primitive del credito non possono passare su i beni del nuovo debitore.

SOMMARIO

I. La novazione estingue il debito con tutti i suoi accessori.

II. Ma la legge per eccezione consente che si trasportino sul novello credito i privilegi e le ipoteche dell'antico, quando il debitore è lo stesso.

L'antica ipoteca non può essere efficace che per il minore dei due debiti.

III. La riserva dell'antica ipoteca, essendosi fatta la novazione con un nuovo debitore, è efficace col concorso del debitore proprietario dei beni ipotecati. Confutazione della dottrina contraria di Toullier, Duranton e Zachariae. Osservazioni intorno la dottrina di Demante.

1. — 777. Ormai ci è noto lo effetto della novazione di cui si occupano questi e i seguenti articoli fino al termine della sezione, cioè che si estingue l'obbligazione, co-

me se vi fosse stato pagamento; e le regole dettate qui sono conseguenze di tal principio ovvero eccezioni.

Per la novazione l'obbligazione adunque si estingue. Se il debito è in solido, tutti i condebitori son liberati, sia che la novazione siesi fatta (cioè la novella obbligazione siesi contratta) da parecchi di loro, o veramente da un solo o da un terzo (art. 1281, § 1 (1235)). Se il debito fosse garentito da fideiussori, questi son liberati insieme col debitore principale (*ibid.*, § 2) da chiunque siesi fatta la novazione, anche da uno dei fideiussori, purchè si riferisca al debito e non già alla fideiussione, avvegnachè se si fosse voluto novare la obbligazione accessoria, sussisterebbe sempre la principale, e sarebbe anche da esaminare, se siasi voluto estinguere l'obbligo di tutti i fideiussori, ovvero soltanto di quello, per esempio, che ha fatto la novazione. Se infine il debito è privilegiato o ipotecario, verranno meno per effetto della novazione insieme col debito i privilegi o le ipoteche che lo garentiscono.

II. — 778. Pure l'art. 1278 (1232) fa una rilevante eccezione a quest'ultima regola, e quindi ai principi generali. Riproducendo qui una regola del nostro antico dritto e del dritto romano (Pothier, numero 363, articolo 5) permette che le parti trasportino sul nuovo debito i privilegi o le ipoteche dell'antico, purchè sia espressa intorno a ciò la riserba del creditore. Essendosi fra noi convenuto nel 1840 che invece di un capitale di 30,000 franchi dovutomi da voi con ipoteca fin dal 1835, voi mi dovrete una rendita perpetua al 5 per 100, di 1,500 franchi, la quale sarà garentita dalla ipoteca del credito precedente; tale stipulazione, per quanto si allontani dal dritto comune, sarà efficace se formalmente espressa; ed essendo la mia rendita costituita nel 1840, protetta da una ipoteca del 1835, io sarò anteposto ai vostri creditori ipotecari del 1836 e degli altri anni intermedi. I creditori intermedi fra i due tempi non possono riguardare come iniquo per loro tal risultamento; che importa loro che l'ipoteca primeggiante si applichi a questo anzichè all'altro debito?

Ma essa non avrà maggiore effetto, nè maggiore estensione per il secondo debito. Infatti, se il novello debito fosse maggiore dell'antico, se, per esempio, un debito condizionale di 50,000 fr. fosse sostituito ad uno puro e semplice di 30,000, l'ipoteca del novello debito non potrebbe conservare il grado del 1835 che fino a 30,000 franchi, e per il dippiù si potrebbe soltanto costituire una novella ipoteca, che prenda il grado dal giorno della sua data, secondo le regole ordinarie.

Se l'antico debito fosse maggiore del nuovo, l'ipoteca sarebbe conservata per lo ammontare del novello debito, avvegnachè l'ipoteca non possa mai estendersi oltre il credito che garentisce, nè l'accessorio esistere finito il principale.

779. Se il Codice ha permesso, come faceva il nostro antico dritto, che si conservi alla sua data antica il privilegio o l'ipoteca che garentisce il novello debito, quando il debitore è il medesimo nelle due obbligazioni, non si poteva di certo permettere che un nuovo debitore consentisse sopra i suoi beni una ipoteca che risalisse alla data di quella esistente sopra i beni del precedente debitore; perocchè, a prescindere che sarebbe troppo strano il derogare fino a tal segno al principio comune, sarebbesi iniquamente schiusa una larga via alla frode, col permettere che un debitore annullasse a suo piacere i dritti dei suoi creditori ipotecari. Dippiù l'art. 1279 (1223) dichiara che non possono trasportarsi gli antichi privilegi e le ipoteche sopra i beni di un novello debitore, il quale può soltanto consentire una ipoteca ordinaria che prenda grado dalla data della sua iscrizione.

III. — 780. Ma l'ipoteca del primo debito, se non può trasportarsi col suo grado primitivo sopra i beni del nuovo debitore, può almeno in tal caso mantenersi sopra i beni dell'antico, per la sola volontà del creditore e del novello debitore, senza il consenso dell'antico? Toullier (XII, numero 312); Duranton (XII, n. 311); e Zachariae (II, p. 307) rispondono del sì, avve-

gnachè l'art. 1278 (1232) faccia risultare il trasferimento delle antiche ipoteche in vantaggio del nuovo credito dalla semplice riserba che dichiara farne il creditore, la quale può esser fatta o col concorso del primo debitore, o senza. — Secondo noi questo è un errore che sarà rigettato da quanti investigano, non ciò che il Codice avrebbe dovuto fare, ma ciò che ha voluto fare ed ha fatto.

Senza fallo, l'art. 1278 (1232) vuole una riserba fatta dal creditore, ma che sia accettata dal debitore, di modo che vi sia convenzione fra le parti. Se il debitore, senza il suo consenso, può vedere effettuarsi una novazione che del tutto lo liberi (articolo 1274 (1228)), non perciò di certo egli, anche senza il suo consenso, può vedere ipotecati i suoi beni per l'altrui debito. E i compilatori non dissero nell'articolo 1278 (1232) che la riserba doveva esser fatta col debitore, perchè quell'articolo era scritto nell'ipotesi di una novazione fatta collo stesso debitore, occupandosi il seguente articolo della novazione fatta con un novello debitore. Di che è prova la esposizione dei motivi al Corpo legislativo, in cui dichiara il commissario che « affinchè secondo questo articolo si trasferisca l'antica ipoteca, è necessario *che il debitore* RESTI IL MEDESIMO (Fenet, XII, p. 277). Dunque, siccome l'art. 1279 (1233) parla della novazione fatta con un novello debitore, così l'art. 1278 (1232) parla di quella fatta con l'antico, e quindi di una riserba necessariamente accettata da lui, avvegnachè con lui si faccia la convenzione. Così *il testo* dell'art. 1278 (1232) che si presta da prima al sistema da noi combattuto, e sembra permettere che si mantengano le antiche ipoteche mercè ***qualunque riserba*** del creditore, tace sulla quistione, e parla della riserba ***fatta col debitore***. La quistione pertanto, restando integra di fronte al testo della legge, deve decidersi secondo il suo spirito, il quale sembra abbastanza manifesto per le due seguenti considerazioni. — Primieramente, lo attribuire antiche ipoteche ad un novello credito, essendo un effetto che esce dal dritto comune, ne segue che il legislatore ha voluto solo ammetterlo nelle condizioni previste da lui, e non estenderlo dal caso supposto ad uno diverso, cioè dal caso in cui il debitore consente, a quello in cui non consente.

D'altra parte, e ciò sembra perentorio, Pothier avendo detto che il creditore può trasferire sul secondo debito le ipoteche del primo, fa osservare, che il trasferimento non può mai farsi che col consenso di colui a cui appartengono i beni ipotecati, ed aggiunge che « secondo questi principi, se uno di parecchi debitori in solido fa novazione del debito con riserba delle ipoteche, questa può essere efficace per le ipoteche dei beni del debitore, e non per quelle dei beni dei suoi condebitori » (*loc. cit.*). Or quest'ultima regola che s'informa del principio, che sia bisogno del consenso del debitore a cui i beni appartengono, e che Pothier presentava esplicitamente come tale, è riprodotta per disteso dall'articolo 1280 (1234)! Se il Codice adotta la conseguenza, ammette dunque il principio. Nè ciò è tutto: il Codice avrebbe potuto rigettare l'ultima dottrina di Pothier non rigettando il principio. Perchè lo essersi fatta valere sui beni di tutti i condebitori solidali la riserba delle ipoteche consentite dall'uno di essi non trarrebbe che si dovesse far valere anche la riserba consentita da uno individuo estraneo al debito; dappoichè ogni debitore in solidu, può alle volte consentire in nome dei suoi condebitori, ed è loro mandatario *ad perpetuandam obligationem*. Se dunque dalla legge ammettesi la dottrina di Pothier, financo nel caso in cui i debitori sieno in solido, *a fortiori* trovasi dimostrato l'errore di Toullier, Duranton e Zachariae.

In breve, la riserba delle antiche ipoteche fatta dal creditore è efficace, per i beni del debitore, allorchè si fa con esso lui il contratto di novazione: è questo il caso dell'art. 1278 (1232). È anche efficace, se essendo fatto il contratto con un condebitore o con un terzo, il debitore proprietario dei beni vi aderisca per accettare la riserba; ma se non è questo il caso pre-

visto dall'art. 1278 (1232); pur non di-manco vi sono le condizioni chieste da esso articolo. Essa riserba è però inefficace tutte le volte che il debitore non vi consente, sia che la novazione si faccia da un condebitore, o da un terzo; dall'articolo 1280 (1234) vien resa allora inefficace testualmente per il primo caso, e per il secondo per argomento a *fortiori*.

781. — Ma il non potere operarsi sul nuovo credito il trasporto dell'ipoteca consentita per lo antico senza il consenso del debitore che deve ipotecare i suoi beni, non è una ragione per dire come Demante (Prog. II, 741) che *siesi costituita una nuova ipoteca*. Non è nuova ipoteca; ma per eccezionale favore della legge *continua* solo l'antica che in rigore dei principii dovrebbe estinguersi. È importante una tale osservazione. Dappoichè se si fosse costituita ipoteca, sarebbe di bisogno un atto notarile, art. 2127 (2013), nel mentre per la semplice continuazione basta il consenso del proprietario dei beni ipotecati, non importando il come siasi manifestato. Tutto quello che allora abbisogna si è, che il consenso intervenga nel punto in cui si compie la novazione, perchè poscia non potrebbe produrre più effetto: compitasi la novazione estinguesi l'antica ipoteca, e potrebbesi solo *costituirne* altra nelle ordinarie forme.

1280 (1234). — Se la novazione si effettua tra il creditore, ed uno dei debitori solidali, i privilegi e le ipoteche dell'antico credito non possono riservarsi, se non sui beni di colui che contrae il nuovo debito.

782. Gli schiarimenti del precedente articolo spiegano questo, e fan comprendere come le ultime parole della presente disposizione non debbano intendersi assolutamente. Perchè si conservino le ipoteche sui beni di varii debitori, non sarebbe di bisogno che questi *contraessero* un novello debito, che aderissero al contratto di novazione *per consentire al trasferimento di tali ipoteche*. La fine dell'articolo non è rigorosamente vera; la riserba delle ipoteche non può essere efficace sui beni di coloro che non contraggono il nuovo debito, se non quando si compisce la novazione senza *concorso alcuno* di questi, i quali nè si soggettano al nuovo debito, nè consentono conservare le antiche ipoteche. Le prime parole dell'articolo debbonsi intendere ove manchi ogni concorso dei debitori.

1281 (1235). — Colla novazione fatta tra il creditore, ed uno dei debitori solidali, i condebitori saranno liberati.

La novazione fatta col debitore principale libera i fideiussori.

Nondimeno, se il creditore esiga nel primo caso l'adesione dei condebitori, o nel secondo quello dei fideiussori, e costoro ricusino di aderire alla nuova convenzione, sussiste l'antico credito.

783. Questo articolo non presenta difficoltà alcuna. I due primi paragrafi trovansi spiegati dal n. I dell'articolo 1279 (1233).

Quanto all'ultimo, se il creditore ha fatto la novazione, purchè al novello debito aderiscano i condebitori solidali o i fideiussori, non avveratasi tal condizione non vi è novazione e sussiste sempre il primo credito; se all'incontro i condebitori o i fideiussori aderiscono al novello debito, la condizione si compie e la novazione è perfetta.

784. Sarebbe il medesimo secondo noi, se la novazione avvenuta fra il creditore e un novello debitore, o uno dei debitori in solido si fosse fatta sotto la condizione che l'antico debitore o i condebitori consentissero di trasferire sul novello credito le ipoteche date in vantaggio dell'antico: mancando il consenso non compiesi la condizione apposta alla novazione, la quale perciò si terrà come non fatta; dato che è il consenso, si compirà la novazione.

Ma si potrebbe fare la seguente obiezione: che siccome qualunque condizione apposta ad una convenzione retroagisce al giorno della convenzione, così la novazione fatta con la condizione di doversi consentire che le antiche ipoteche si conservassero, dato il consenso sarebbe compita innanzi che il consenso si desse; si aggiungerebbe, che siccome la novazione ha immediatamente estinto il debito coi suoi accessori, e quindi le antiche ipoteche, così sarebbe inefficace il consenso dato per mantener le ipoteche dacchè il consenso dato per *conservarle*, farebbe che elle si annullassero. Ma non può ammettersi tale sottigliezza. La convenzione di novazione fatta nel caso di cui trattiamo, è per l'indole stessa delle coso e per la tacita ma evidente volontà delle parti, non solo soggetta ad una condizione, ma insieme a nudo termine; secondo tal convenzione *avrà effetto* la novazione, *quando* si sarà consentito a mantenere le antiche ipoteche. Così la novazione si compie quando interviene il consenso relativo alle ipoteche, e tal consenso quindi è efficace. E questa interpetrazione dell'atto è voluta non solo dai principî della ragione e della equità, ma altresì dalla regola del dritto positivo, secondo cui una disposizione deve intendersi sempre nel senso in cui può avere effetto, che in quello in cui non può averne.

785. Del resto perchè la novazione si tenga come condizionale non è necessario, che il creditore abbia adoperato la congiunzione *se*, dichiarando che vi sarebbe novazione ove si avverasse tal fatto; basta, conforme al nostro articolo, che siesi voluto lo avverarsi di quel fatto. Allorquando il creditore dichiari di accettare invece dell'obbligazione di Paolo, quella di Pietro, con la riserba delle antiche ipoteche, ovvero con la accessione degli antichi fideiussori, la novazione sarà condizionale, come se si fosse detto: « se son mantenute le antiche ipoteche; o se al novello debito accedono gli antichi fideiussori ». Bisogna attenerci alle idee, non alle parole.

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO

786. La terza maniera di estinguere una obbligazione è la remissione fatta dal creditore, ossia la rinunzia del suo credito.

Senza fallo, il pagamento e la novazione sono anche in un senso remissione del debito, dappoichè il creditore mercè il pagamento che riceve, o l'obbligazione nuova che accetta in luogo della antica, libera il suo debitore, e di conseguenza *gli rimette* la sua obbligazione. Ma allora il debitore è liberato, non perchè il creditore abbandoni il suo dritto, e perchè così voglia, ma sibbene pel fatto stesso della novazione e del pagamento: per la legge, la ragione, la forza stessa delle cose, la liberazione esce allora come conseguenza necessaria della sostituzione dei debiti, o dello adempimento dell'obbligo; e se per la novazione bisogna il consenso del creditore (non necessario per il pagamento), il consenso ingenera immediatamente la novazione, e da questa la liberazione del debitoro. Qui al contrario il debitore vien liberato direttamente e immediatamente per la volontà del creditore; il debito estinguesi unicamente perchè il creditore vuol liberare il debitore colla sua rinunzia, ed esso vien realmente estinto per la semplice remissione.

787. Ma *la remissione di debito* propriamente detta, essendo quella soltanto che risulta dalla sola volontà del creditore di liberare il debitore, non essendovi stato prima nè pagamento nè novazione, non segue che si possa dire, come fanno Delvincourt (nota prima della sez. terza) e Pothier medesimo (cap. 3, *passim*), che la remissione si fa sempre a titolo gratuito. Senza dubbio, spesso si farà così, ma può

anche farsi a titolo oneroso. Liberandovi del vostro debito di 500 franchi, perchè sia liberato dell'obbligo di fare per voi quel viaggio, nessuna delle due remissioni è gratuita, dacchè ciascuna si fa in ragion del vantaggio che si ottiene dall'altra parte.

Essendo fatta a titolo gratuito la remissione di debito, costituisce evidentemente una liberalità che in vero non va governata dalle regole di *forma* richieste per le donazioni (art. 931 (855, n. I), non essendo una donazione; ma non potrebbe esser dispensata dalle varie regole *sostanziali* che regolano tutte le liberalità gratuite, di maniera che debbansi applicare a tal caso i principi stanziati dal Codice intorno la riduzione al disponibile, la collazione alla eredità, e la capacità di dare e di ricevere. Del resto, la remissione gratuita può ben farsi nella forma delle donazioni come in qualunque altra.

La remissione del debito, come diciamo, non è una donazione, avvegnachè consista non già nell' attribuire e trasmettere un dritto, ma invece nell'annullare un dritto, nella rinunzia che ne fa il padrone. Il creditore al postutto fa ricco del suo il debitore e gli acquista realmente un vantaggio a sue spese (per cui debbonsi applicare le regole della riduzione, collazione, ec.); ma non si trasferisce affatto alcun dritto, non vi è alcuna *datio*.

788. La remissione può essere espressa o tacita; ma non bisogna dire con Demante (*Progr.* II, n. 743, 744) che può risultar *solo* da *una convenzione* espressa o tacita, e che la parola *remissione* è sinonima di *discarico convenzionale*. Senza fallo, la remissione o il discarico si farà spesso per convenzione, ma non sempre. Tranne il caso dell'abdicazione semplice ed assoluta di cui più innanzi parleremo, la remissione può risultare da un testamento, in cui un creditore può in modo di legato liberare il suo debitore; ma un testamento non è una convenzione.

Delvincourt (sez. 3, § 3) va in altro errore presentando la remissione *espressa* come quella che forma la remissione *convenzionale* onde opporla a quella *tacita*; mentre da una parte, la remissione può essere espressa e non risultare da una convenzione, potendo farsi in un testamento in cui sarebbe conceduta nel modo il più formale; e dall'altra, la remissione tacita sarà tanto convenzionale che la espressa, dacchè i fatti e le circostanze da cui risulta, possono manifestare l'accordo del creditore e del debitore quanto la più esplicita clausola.

789. È questione da gran tempo controversa, se la remissione del debito possa farsi per la sola volontà del creditore, ovvero sia indispensabile che il debitore l'accetti onde produrre il suo effetto. Per l'affermativa dicesi, che ognuno è padrone di rinunziare i dritti che gli appartengono; che si può quindi rinunziare un dritto di credito, come qualunque altro; che d'altra parte, nessun debito potendo esservi senza il correlativo credito, la rinunzia che di questo fa il creditore, estingue necessariamente ed *ipso facto* il debito. Era questa la dottrina di Barbeyrac. Ma si risponde dagli altri scrittori, che la dichiarazione di un creditore al debitore che gli vuol rimettere il debito, non è un' abdicazione assoluta, ma un abbandono puramente relativo al debitore, che perciò è naturalmente subordinato all'assenso di costui; in altri termini, è un dono fatto al debitore che può valere quando questi l'accetti. Coteste due non son dottrine contraddittorie, e di cui una sarebbe necessariamente falsa e da non ammettersi; entrambe son parimente vere, e dovremo or l'una or l'altra seguire secondo i casi, e secondo una distinzione di fatto da indagare nelle circostanze. Se è provato che il creditore abbia rinunciato il suo dritto per benevolenza verso il debitore, e per acquistargli un vantaggio, è necessario che il debitore accetti questa liberalità; il volere del creditore è subordinato a quello conforme del debitore, e il credito e il debito non possono estinguersi che con un reciproco consenso, con una convenzione. E questo si supporrà d'ordinario; l'idea contraria che il creditore rinunzi puramente e semplicemente, e as-

solutamente solo per ispogliarsi del dritto, non potrebbe ammettersi, se non quando fosse manifestata o da una esplicita dichiarazione del creditore, o da peculiari circostanze. Ma se vi fosse la dichiarazione e le circostanze, se (cosa molto rara ai nostri tempi) il giudice del fatto riconoscesse questo assoluto abbandono, allora vi sarebbe una rinunzia unilaterale, efficace *ipso facto* senza convenzione, inconsapevole, ed anche non volente il debitore.

790. Così, o nei casi molto frequenti di testamento, o in quello, assai più raro, di un assoluto abbandono espresso o tacito, il debito sarà rimesso ed estinto senza alcuna convenzione. In tutti gli altri casi la remissione si farà per convenzione delle parti; e salvo l'effetto di speciali regole, che abbiamo spiegato, o spiegheremo nelle loro rispettive materie, non è a pensare se la convenzione costituisca una transazione, ovvero un reciproco dissenso, o in questa o in quell'altra circostanza.

Siccome non basta la capacità ordinaria di contrarre, e vuolsi quella di donare (nel creditore) e di ricevere (nel debitore) quando la remissione è a titolo gratuito, così vuolsi la capacità di transigere, se la remissione si fa per transazione.

Al caso del reciproco dissenso si applicheranno le regole del nostro moderno dritto intorno agli effetti del consenso. Così il reciproco dissenso delle parti, cioè il loro comune accordo di annullare una convenzione precedentemente fatta, sarà sempre efficace, qualunque sia la convenzione, e ciò non sarà, come in Roma, speciale ad una classe di contratti (1); ma tale effetto per la forza stessa dei nuovi principî del Codice, non potrà sempre estinguere l'obbligazione, come in Roma e nel nostro antico dritto. Per grazia di esempio, se vendutavi la mia casa per 50 mila franchi, fra noi si conviene, prima di rilasciarsi l'immobile, e pagarsi il prezzo, che la vendita sia come non avvenuta, con questo reciproco dissenso saranno rimesse la mia obbligazione di consegnarvi la casa, e la vostra di pagarmi i 50,000 fr.; ma non potrà, come prima del Codice civile avveniva, rimettersi la obbligazione di trasferirvi la proprietà della casa, non potendo esistere tale obbligazione, avvegnachè il trasferimento di proprietà che una volta ne sarebbe stato l'oggetto, si è avverato sotto il Codice per l'effetto immediato della vendita, per il fatto stesso della prima convenzione (art. 1138, 1583 (1092, 1428). Con ciò dunque non si risolverebbe e annullerebbe il primo contratto, come altra volta, *distractus primi contractus*, ma si aggiungerebbe realmente al primo un secondo contratto, il quale anzichè estinguere la mia obbligazione di trasferirvi la proprietà, farebbe sorgere la vostra, o meglio trasferirebbe in me subito e pel solo effetto della nostra novella convenzione la proprietà che per la vendita era stata in voi trasferita. In questo caso, anzichè tener voi come non mai proprietario, voi lo siete stato fin dalla prima convenzione, ed io lo sono divenuto per la seconda; anzichè poter dire che non vi è stato *alcun* trasferimento di proprietà, cancellatosi e come non avvenuto il primo, ve ne sono stati *due*; d'onde verrebbero conseguenze pratiche di molta importanza, o sia pei dritti di mutazione (che dovrebbero essere soddisfatti due volte, anzichè non essere dovuti), o per le ipoteche che fossero state da voi nell'intervallo delle due convenzioni stabilite (le quali ipoteche sussistessero sempre).

Ma tutto questo non è speciale alla nostra materia della *remissione del debito*, e le osservazioni del tutto incidenti da noi

(1) In Roma i quattro contratti consensuali (la vendita, la locazione, la società e il mandato) che possono soli formarsi col semplice consenso, erano altresì i soli che potessero risolversi col semplice consenso secondo il principio, che un legame deve sciogliersi per la causa che lo ha generato; quindi, perchè si rimettesse un'obbligazione formatasi *verbis*, era necessario risolverla *verbis*, colle parole della acceptilazione; le altre che provenivano da un contratto reale o letterale, si novavano colla stipulazione che le tramutava in obbligazioni *verbali*, e poi le estingueva *verbalmente*, collo stesso mezzo dell'acceptilazione (Instit., l. 3, t. 22 e t. 29, § 1 e 4).

fatte, sono naturalissime conseguenze dei principî di altro materie.

791. I compilatori del Codice ebbero senza dubbio pensato non potervi essere difficoltà nè intorno alla esistenza della remissione *espressa* (perchè si annunzia dai termini stessi del testamento o della convenzione), nè intorno allo effetto *generale ed ordinario* della remissione espressa o tacita (perchè consiste semplicemente nello estinguere il debito). Dippiù il Codice in questa sezione tace intorno a tai due punti spiegando solo 1° quando vi sarà tacita remissione, art. 1282, 1283, 1286 (1236, 1237, 1240) 2° qual sarà l'effetto della remissione espressa o tacita *nel caso speciale in cui fosse fatta ad uno di più coobbligati* (art. 1284, 1285, 1287, 1288 (1238, 1239, 1241, 1242)). Inoltre vedremo trattati questi due punti in modo inesatto, cotalchè, a prescindere di altri difetti nella compilazione, la nostra sezione merita sopra tutto il rimprovero di inescusabile laconismo.

§ 1. — *Quando vi è tacita remissione.*

1282 (1236). —La volontaria restituzione al proprio debitore del titolo originale del credito sotto firma privata, fa pruova della liberazione.*

1283 (1237). —La tradizione volontaria della prima copia autentica in forma esecutiva della scrittura di obbligo, fa presumere la remissione del debito, o il pagamento, senza pregiudizio della pruova in contrario.**

SOMMARIO

I. La restituzione del titolo prova perentoriamente la liberazione o la fa presumere finchè non si chiarisca il contrario, secondo che si restituisca o il titolo originale, o la copia autentica in forma esecutiva.

II. Il titolo posseduto dal debitore fa presumere, fino a prova contraria, che gli sia stato restituito dal creditore.

III. In ambi i casi la prova contraria può farsi con qualunque mezzo.

IV. Le presunzioni di liberazione di cui trattiamo, sono anzi presunzioni di pagamento che di remissione. Si ammetterà la semplice remissione quando sarà riconosciuta dal debitore, o provata dal creditore.— Costui potrà sempre provarla: Errore di Zachariae.

I.— 792. In una sezione in cui la parola *remissione* è usata ad esprimere la estinzione del debito, il legislatore ebbe torto di usar la medesima parola onde significare la restituzione o la consegna fatta dal creditore al debitore del titolo del credito (art. 1282, 1283 (1236, 1237)) ovvero della cosa avuta in pegno (art. 1286 (1249)). Checchè ne sia, dai nostri due articoli risulta che la restituzione del titolo se il creditore l'abbia fatto di suo *moto proprio*, stabilisce perentoriamente e senza che vi possa esser prova contraria, la liberazione del debitore se il titolo originale è in carta privata; e la fa presumere fino a che non si provi il contrario, se è una copia esecutiva di un titolo autentico (1). Vi è dunque nel primo caso la

* L'attuale procedura a differenza dell'antico sistema, non richiedendo un mandato espresso in iscritto da rilasciarsi dal cliente al patrocinatore, ma la sola consegna delle carte necessarie alla difesa della causa, l'unico titolo del patrocinatore contro il cliente vien costituito dalle produzioni; in modo che la restituzione delle medesime fa presumere sempre il pagamento, oppure la remissione del debito. C. S. di Napoli. 20 gen. 1845.

** Può ammettersi la pruova testimoniale contro la presunzione nascente dalla consegna al debitore della copia di prima edizione. C. S. di Napoli, 12 genn. 1826.

(1) Si chiamano *grosses* le copie esecutive degli atti autentici, e prendono tal nome dall'essere scritte in carattere grosso, mentre l'originale dicesi minuta, essendo scritto in *piccolo carattere*.

presunzione legale detta *juris et de jure* contro cui non si ammette prova, e nel secondo una semplice presunzione *juris* che può venir meno per una prova contraria.

Ma che deciderebbe se il titolo che volantariamente rilascia il creditore al debitore, non fosse nè uno originale in carta privata, nè una copia notarile, ma uno originale notarile, un atto scritto in brevetto, cioè di cui il notaro non conserva minuta? È tanto più strano che siesi trascurato questo caso dal testo del Codice (altro rimprovero ai compilatori), perchè Pothier seguito in tutto il testo del nostro titolo ebbe cura di parlare e della carta privata e del brevetto: « Se il creditore, egli dice, ha restituito al debitore il suo biglietto o *il brevetto* di obbligazione, si presume avergli rimesso il debito» (§ 2, § 1) e più innanzi: « ciò che si è deciso riguardo un biglietto o *un brevetto di obbligazione* non deve estendersi alla copia di cui non esiste minuta... » (§ 5). Malgrado il silenzio del Codice, e sebbene le presunzioni legali debbano solo valere nei casi in cui specialmente sono stabiliti dalla legge, nè possano mai estendersi per analogia (articolo 1350 (1304)), non dubitiamo di affermare che la consegna dell' originale o brevetto debba produrre lo stesso effetto, che quello dell'originale in carta privata. Infatti la ragione non solo è somigliante ma identicamente la stessa. Imperocchè una presunziane *juris et de jure* si è attaccata alla consegna dell' originale in carta privata , ed una semplice presunzione *juris* a quella di una copia esecutiva, perchè nel primo caso il creditore si spoglia assolutamente del suo titolo, e nel secondo egli può sempre procurarsene un altro, mercè la minuta conservata dal notaro, di maniera che deve ritenersi più efficace la prima che la seconda. Or il creditore si spoglia affatto del suo titolo, rilasciando tanto l'originale notarile, che l'originale in carta privata.

Dunque i compilatori non vollero consacrare esplicitamente l'assimilazione che Pothier fece fra il brevetto e l'originale in carta privata, parendo loro che non ne sorgesse alcun dubbio.

Infatti se si fosse voluta rigettare questa ben naturale assimilaziane, si sarebbe detta qualche parola del mutamento nel discutere i nostri articoli; e al contrario il verbale della discussione finisce con dichiarare espressamente che si è voluto riprodurre in questi due articoli la distinzione stabilita da Pothier (Fenet, XIII, p. 85).

I nostri articoli pertanto vogliono significare che la prova definitiva della liberazione del debitore sorgerà dalla consegna del titolo originale (non importa se in carta privata o notarile) e che essa si presume fino a prova contraria, con la restituzione della copia di cui resta minuta.

II.—793. Ma perchè secondo i casi questo o quell'effetto si generi, è necessario che il creditore *abbia rimesso volontariamente,* ossia restituito il titolo. Potrebbe infatti avvenire che il titolo fosse in potere del debitore perchè involato da lui o da altri, o perchè perduto dal creditore fosse venuto senza volere di costui in possesso del debitore.

Del resto, tutti riconoscono, e fu positivamente detto nella discussione al Consiglio e nella esposizione dei motivi, che il fatto del possesso del debitore induce la presunzione che siasi restituito volontariamente, salvo che il creditore non la faccia venir meno (Fenet, p. 81, 82 e 297).

III.—794. La prova che dovrà fare il creditore affinchè si distrugga la presunzione che il titolo sia stato volontariamente restituito, potrà farsi con tutti i mezzi, con testimoni, e con le semplici presunzioni, che i giudici potranno cavare dalle circostanze dimostrate. Non è questa una convenzione per cui la legge vuole una scrittura se il valore ecceda i 150 franchi (art. 1341 (1295)); è un semplice fatto da stabilire in qualunque modo, e non si può volere una pruova in iscritto che quel titolo mi è stato rubato o che l'ho perduto, o che l'ho recato dal mio vicino con tutte le altre carte in mezzo ad un incendio, ec. ec. Quindi potranno ammettersi tutti i mezzi di prova, anche una semplice presunzione; deciderà poi il giudice

nella sua coscienza quale deve vincerla, o quella che siesi restituito il titolo liberamente, come risulta dal fatto del possesso del debitore, ovvero quella contraria che può cavarsi dal fatto che il creditore pone in sostegno di ciò che allega.

Il creditore potrebbe egualmente provare con qual si voglia mezzo, che la restituzione della spedizione esecutiva, sebbene volontariamente fatta da lui al debitore, non abbia liberato costui; che essa avvenne, per modo di esempio, a fin di mettere al coverto il debitore dai procedimenti che potevano essergli fatti, o con altra idea che escluda ogni pensiero di liberarlo.

In fatti non è questo un atto costitutivo di obbligazione, un contratto consentito fra le parti, ma un semplice fatto di cui si vuol conoscere la estensione e a cui non può applicarsi la regola dell'art. 1341 (1295)).

IV.—795. Secondo i nostri due articoli la consegna volontaria del titolo originale, o della sua copia esecutiva sarà una pruova o una presunzione di *liberazione*; ma di qual sorta di liberazione? Bisognerà ammettere una remissione del debito ovvero un pagamento? La quistione è importante. Imperocchè ammesso che sia una remissione gratuita, ella potrà non esser valida in alcuni casi in cui lo sarebbe il pagamento (ad esempio per la incapacità in cui era il creditore di donare al debitore); la remissione poi andrebbe soggetta alla riduzione o alla collazione.

Or quando il debitore sostiene di aver fatto il pagamento ed essergli stato perciò consegnato il titolo, e il creditore pretende al contrario avergliclo rilasciato per rimettergli gratuitamente il debito, e nessuna pruova si è fatta dall'uno e dall'altro, il giudice in questo stato di assoluto dubbio a chi dei due darà ascolto?

Ci sembra evidente che debba vincere chi allega il pagamento, essendo questo il modo più naturale ed ordinario di liberarsi da una obbligazione; una remissione gratuita è invece una causa eccezionale di liberazione; nel dubbio si presume la regola e non l'eccezione.—Noi qui opponiamo al pagamento la remissione *gratuita* per doppio motivo: 1° Se fosse una remissione a titolo oneroso, la quistione non avrebbe più interesse, essendo l'atto allora a titolo oneroso nelle due ipotesi contraddittorie; 2° un assoluto dubbio non potrebbe darsi, avvegnachè il vantaggio ottenuto dal creditore come equivalente della sua remissione, gli procurerebbe generalmente dei mezzi di spiegare e rendere più probabile la allegata remissione. Spesso vi sarà contraddizione tra un pagamento e una gratuita remissione, e il giudice sarà sempre nel dubbio.—Or le liberalità si provano, non si presumono; ed essendo certo che una persona che era debitrice, non lo è più, devesi supporre, ove manchi qualunque rischiarimento sulla causa della liberazione, che ella abbia pagato, e non che il creditore le abbia rimesso il debito: i creditori, per regola generale, per uso comune, non regalano ciò che loro è dovuto.—Indarno si caverebbe argomento dall'essere i nostri due articoli collocati nella materia della *remissione del debito*; ciò non monta, avvegnachè dichiarino di stabilire, il primo una prova di liberazione, e il secondo una presunzione di remissione o di *pagamento*.

Il giudice solo quando il dubbio è assoluto, dovrà pronunziarsi piuttosto per il pagamento che per la semplice remissione, dappoichè se le circostanze lo convincono che vi sia stata semplicemente remissione, dovrà farla buona. Quando il debitore (in faccia ad un creditore che negando ogni liberazione sostiene non aver volontariamente rilasciato il suo titolo, ma senza alcuna prova) pretende esser liberato, non per un pagamento, ma per la semplice remissione, non si potrà certamente dire che vi sia pagamento. Del pari ove il debitore pretende aver pagato, e il creditore o chi lo rappresenta pretende e *prova* che quegli sia stato liberato per una gratuita remissione, dovrà questa riconoscersi.

796. Cotal decisione per quanto sia semplice e logica, vien contraddetta da Zachariae il quale pretende che il creditore non avrebbe sempre il dritto di *provare*

che il debitore sia stato liberato per una remissione e non per un pagamento. Lo potrà, egli dice, quando avrà consegnato al debitore la copia esecutiva del suo titolo, dappoichè allora l'art. 1283 (1237) stabilisce in vantaggio del debitore una semplice presunzione che può distruggersi dalla pruova contraria; ma lo potrà quando avrà consegnato il suo titolo originale, poichè l'art. 1382 (1236) pone allora una presunzione *juris et de jure* per cui rendesi impossibile la pruova contraria. Si cade così in manifesto errore e si confonde stranamente la quistione della liberazione, con quella del modo ond'essa si è compiuta. Senza fallo, essendo quistione se il debitore a cui volontariamente si è rilasciato il titolo, sia o pur no liberato, il creditore può ovver no provare che non lo sia stato, secondo che il titolo restituito sia la spedizione o il titolo originale, ma quando il creditore che volontariamente ha rilasciato il suo titolo originale, riconosce che il debitore è liberato e vuol solo provare che lo sia stato per una remissione, e non per un pagamento, qual regola dal Codice si oppone alla prova da lui chiesta? Non certo l'art. 1282 (1236), avvegnachè esso dichiari, escludendo la pruova contraria, che vi è *liberazione*, che vi è stato *pagamento* o REMISSIONE. Si allegano i discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato, i qual ripetono e sviluppano la idea dei nostri articoli che vi è ora una semplice presunzione, ed ora una prova piena della *liberazione* (Fenet, XIII, p. 279 e 361). Or qui il creditore, giova ripeterlo, non nega che vi sia la liberazione, ma che risulti da un pagamento, anzichè da una remissione come ci vuol provare. Dunque non potrebbe contraddirsi tal prova, la quale potrebbe farsi con tutti i mezzi.

797. Pertanto, essendo il giudice convinto o parendogli più probabile, che la liberazione sia avvenuta mercè una remissione, dovrà questa riconoscere e non una falsa supposizione di pagamento. Ma nel dubbio si dovrà far valere il pagamento, cotalchè al postutto i nostri articoli non ostante la rubrica sotto cui son posti, ci presentano dei casi, che saranno più spesso di pagamento che di remissione.

1286 (1240).—La restituzione del pegno non basta per far presumere la remissione del debito.

798. La restituzione che fa il creditore al suo debitore del mobile o dell'immobile ricevuti in pegno o in anticresi (art. 2072 (1942)) ben prova avere il creditore rinunziato al pegno chiesto per sicurtà del credito, ma non già al credito stesso. Parimente la rinunzia dell'ipoteca non proverebbe affatto che il creditore abbia voluto rimettere il debito. Rimettendo l'accessorio non si rimette il principale.

Ma dai tre articoli 1282, 1283, 1286 (1236, 1237, 1240) non dovrebbe inferirsi che dalla sola restituzione del titolo possa cavarsi la tacita remissione del debito, ma solo che non vi sieno altri casi di *presunzione legale* di remissione, di maniera che il giudice costretto qui a dichiarar la liberazione come conseguenza della restituzione, potrà liberamente dichiarare se esista o no la remissione che il debitore vorrebbe far risultare da qualunque altro fatto.

Per modo di esempio, se Pietro si è obbligato di farmi quella fabbrica ed io ho assunto l'obbligo di pagargli 15,000 fr., e poi sottoscriviamo un atto con cui io lo discarico senz'altro della sua obbligazione, cotesta espressa remissione trae seco quella tacita della mia, tranne che il contrario non si provi da circostanze speciali. Se in più conti successivi fatti con una persona ho trascurato uno dei suoi debiti verso di me, deciderà il giudice in fatto ed esaminate le circostanze, se il silenzio possa spiegarsi con una dimenticanza (cotal che il debito sussisterebbe sempre, salvo la prescrizione), o se debba fare ammettere una tacita remissione, come si avvisava Papiniano in una specie da lui preveduta

(L. 26, Dig. *De probat.*) (1).

Il giudice potrà cavare la tacita remissione da tutti i fatti e da tutte le circostanze che troverà abbastanza gravi, purchè si trovi in uno dei casi in cui la legge ammette la pruova testimoniale (articolo 1353 (1307)).

§ 2.—*Effetto della remissione operata con uno di più coobbligati.*

1284 (1238).—La tradizione della scrittura originale sotto firma privata, o della copia suddetta ad uno dei debitori solidali, produce lo stesso effetto a vantaggio degli altri debitori.

799. Se un debito è comune a più condebitori, e la remissione è fatta tra uno di loro ed il creditore, è certamente quistione d'intenzione dipendente dalla volontà del creditore, se quella siasi fatta in vantaggio personale del debitore, ovvero debba estinguere il debito liberando tutti gli obbligati. Non pertanto il Codice presumendo la volontà del creditore, determina gli effetti della remissione per più ipotesi, e tratta qui della restituzione del titolo ad uno dei condebitori in solido.

Tal restituzione, giusta il nostro art., sarà efficace per tutti i condebitori non che per quello a cui fu fatta, cioè produrrà tutti gli effetti spiegati da noi sotto gl'articoli 1282, 1283 (1236, 1237). E ciò che qui è detto dalla legge per il caso in cui vi sieno condebitori in solido, deve di certo estendersi agli altri in cui un debito sia dovuto da più debitori non congiunti in solido, ovvero da un debitore principale garentito da fideiussori. Infatti l'abbandono di un titolo di credito non si fa per discaricare soltanto un condebitore o della solidarietà o della sua parte nel debito, o per rimettere a un fideiussore la sua malleveria. La restituzione del titolo riguarda l'intero debito e deve perciò produrre in tutti i casi un effetto assoluto e identico per tutti i coobbligati, cioè fa prova che il debito si è estinto se il titolo è originale, e fa presumere che si è estinto se soltanto siesi consegnata la copia esecutiva.

E poichè questa consegna dell'originale o della copia esecutiva fa presumere fino a che il contrario non si provi, che il debito è stato pagato e non semplicemente rimesso, quello degli obbligati a cui è stata fatta la consegna, potrà agire contro i suoi coobbligati, i quali potrebbero provare con tutti i mezzi, che vi sia stata una semplice remissione del debito e non già pagamento per parte del possessore del titolo.

800. Non essendovi nella legge alcuna regola per gli altri casi di tacita remissione ottenuta da un solo dei coobbligati, dovrà il giudice del fatto indagare nelle circostanze se il creditore abbia voluto rimettere il debito, o solo discaricare l' obbligato.

Il giudice troverà analogie naturali nelle regole indicate dai seguenti articoli per la espressa remissione.

1285 (1239).—La remissione o liberazione convenzionale a pro di uno dei condebitori solidali libera tutti gli altri, purchè contro di costoro il creditore non abbia espressamente riservato i suoi dritti.

In questo ultimo caso non può ripetere il credito, se non fatta deduzione della parte di colui al quale ha fatto la remissione.

1287 (1241).—La remisssione o liberazione convenzionale accordata al debitor principale libera i fideiussori: quella accordata al fideiussore non libera il debitor principale: quella accordata ad uno dei fideiussori non libera gli altri.

(1) Alcuni degli antichi dottori volevano che si ammettesse la remissione quando il creditore e il debitore fossero parenti, e il primo fosse morto senza aver proposto doglianze; altri presentavano altramenti le condizioni necessarie... È necessario, come fa Domat, rigettare cotesto arbitrio, dipendendo la quistione soltanto dalla valutazione del giudice.

SOMMARIO

I. Qui si parla della remissione espressa, *non della* convenzionale.
II. La remissione fatta ad uno dei condebitori solidali libera gli altri, tranne si sia dichiarato il contrario. La remissione fatta ad uno per la sua parte, libera di essa gli altri. — Puossi anche rimettere il solido.
III. Del caso in cui la parte virile ed apparente del condebitore non è la sua parte reale nel debito: grave errore di Delvincourt.
IV. Ove i debitori non siano in solido, l'effetto della remissione fatta espressamente ad un di loro va secondo le regole generali.
V. La remissione fatta a un debitore libera il fideiussore; quella fatta al fideiussore come tale, non libera il debitore.
VI. Il discarico anche personale di uno dei fideiussori libera gli altri per la parte che quello deve sostenere nel debito, e dove siano gli altri insolventi. La legge fu mal compilata.
VII. Il testo è esatto quando il fideiussore discaricato si obbliga con un atto posteriore.
VIII. Quello dei coobbligati che colla ottenuta remissione libera gli altri, non può agire contro di loro quando la remissione è gratuita (censura della dottrina di Duranton); se ella è a titolo oneroso, può agire per lo ammontare di ciò che ha pagato.
IX. Si applicano queste varie regole alle remissioni tacite di cui non si occupa la legge. — Le remissioni dividonsi in reali e personali.

I. — 801. Cotesti due articoli opponendo alla *tacita* remissione la remissione o il discarico *convenzionale*, porgono queste ultime espressioni come sinonime di remissione o discarico *espresso*. Ma la tacita remissione è convenzionale come la espressa (n. 788); e d'altra parte, la remissione espressa non è sempre convenzionale, potendo farsi in un testamento. Non parliamo qui dello assoluto abbandono del creditore (caso non molto frequente), nel quale la remissione potrebbe essere anche espressa, avvegnachè per l'indole sua stessa non potesse farsi con uno dei coobbligati. Infatti lo abbandono avverrebbe per sola volontà del creditore senza il concorso altrui, e libererebbe necessariamente tutti gli obbligati insieme, essendo il pieno abbandono del credito.

Qui dee parlarsi di remissione *espressa*, e non di remissione *convenzionale*.

II.—802. Quando la remissione espressa fatta ad uno dei debitori in solido non spiega se siasi voluto estinguere il debito o liberare soltanto il debitore (o della sua parte del debito, o semplicemente della solidarietà), il Codice movendo senza dubbio dall'idea che per effetto della solidarietà ognuno dei condebitori sia il mandatario o il rappresentante di tutti gli altri, decide, difformemente da Pothier (articolo 2, § 2, par. 2), che ove manchi una formale dichiarazione del contrario, il debito sarà sempre assolutamente estinto, e quindi saran liberati tutti i debitori. Quindi il creditore che non vuole tanto accordare, deve espressamente riserbarsi i diritti che non vuole rinunziare.

Quando il creditore formalmente dichiari di rimettere il debito al condebitore *per la sua parte*, ovvero conservando i suoi diritti contro gli altri debitori, potrà sempre agire contro questi, dedotta però la parte del primo. Se, per modo di esempio, quattro debitori in solido fossero tenuti al debito di 12,000 fr., il credito, dopo fatta la remissione ad uno di loro, sarà di 9 mila franchi che gli altri tre dovranno in solido. E divenuto uno di essi insolvente, la porzione che il condebitore discaricato avrebbe dovuto per quello sostenere (articolo 1214 (1167)), sarebbe anche per una necessaria conseguenza, perduta per il creditore, e non potrebbe ripetersi contro gli altri due. Infatti la remissione fatta ad uno dei condebitori, non può mai rendere più grave la condizione degli altri.

Che se il creditore avesse dichiarato rimettere al condebitore non il *debito* (o assolutamente, o solo per la sua parte) ma semplicemente la solidarietà, egli allora potrebbe agire per tutti i 12,000 contro

ciascheduno degli altri tre, e per 3,000 contro quello a cui ebbe rimessa la solidarietà.

III.—803. Nell'esempio sopra citato abbiamo supposto che il calcolo della porzione del condebitore non offrisse difficoltà, e che essa potesse intendersi in un solo senso; ma che decidere se il debitore dovesse nel debito una parte reale diversa dalla virile; p. e. se di quattro coobbligati due soltanto sono i veri debitori, e gli altri due, sebbene ordinari debitori rispetto al creditore, si fossero solo obbligati nell'interesse dei primi, e fossero quindi fideiussori rispetto ad essi (articolo 1219 (1172))? Nel caso in cui si fa la remissione ad uno dei due primi per la sua parte, dovrebbe intendersi della parte reale che egli deve sostenere, ossia della metà del debito, ovvero della parte virile ed apparente, cioè solo del quarto?

È questa una semplice quistione d'intenzione, di interpetrazione, che si deciderà secondo le circostanze del fatto. Se si provi che il creditore, conosciuta la condizione rispettiva degli obbligati fra loro, ha voluto parlare della parte reale del condebitore, la remissione si applicherà ad essa: se al contrario non gli era nota la condizione, ovvero conoscendola non ebbe ad essa riguardo, sarà rimessa la sola parte virile.

804. Questa soluzione è tanto semplice che fa maraviglia che siasi potuto contraddire da Delvincourt, scrittore che di ordinario ha molto giudizio. Egli insegna che la remissione si estenderà necessariamente a tutta la parte reale quando il creditore conosca la condizione rispettiva dei condebitori, e si restringerà alla parte virile quando la ignori. Ne dà per esempio il caso di un creditore, il quale sapendo che dei suoi quattro condebitori in solido il solo interessato è quello che egli ha discaricato, e gli altri tre si sono obbligati per lui, dichiara positivamente non disobbligarlo *che per la sua parte*, riservando i suoi dritti contro gli altri. L'errore è evidente, perchè il creditore volle non aver riguardo alla condizione dei condebitori fra loro sebbene la conoscesse, e trattarli non come fossero un sol debitore e tre fideiussori (quali sono *fra loro soltanto*), ma come quattro debitori in solido (quali sono *rispetto a lui*). E tal volontà si fa manifesta appunto perchè egli conosceva la condizione rispettiva degli obbligati; dappoichè dichiarando liberare per la *sua parte* un obbligato che rispetto agli altri è unico debitore, e tenuto all'*intero debito*, indica con molta chiarezza non accettarlo con la qualità di unico debitore, ma con quella che tutti hanno rispetto a lui, conservandoli tutti e quattro come condebitori in solido.

I due motivi su cui si fonda Delvincourt non possono affatto sostenersi. Egli dice dapprima, che permettendosi al creditore di agire contro ciascuno degli altri tre obbligati per lo intero dedotta sola la parte del primo, cioè per tre quarti, il primo contro cui quegli che avrà pagato i tre quarti avrà intera l'azione, non sarà liberato, cotal che la remissione sarebbe stata per lui derisoria. Siffatto argomento non ci pare nemmeno serio; dappoichè siccome l'azione contro uno dei tre obbligati e il regresso di costui contro il coobbligato che è stato discaricato, può farsi per soli tre quarti, così quest' ultimo rimane del tutto liberato della sua parte come quarto debitore in solido; or non altro che la sua parte si è voluto rimettergli. Delvincourt aggiunge che la dichiarazione espressa dal creditore in tal caso è come non avvenuta, essendo nulla qualunque dichiarazione *contraria all'indole dell'atto*. Ma così si ragiona quasi che i tre ultimi obbligati fossero fideiussori assolutamente rispetto tanto al creditore che all'altro obbligato, mentrechè essendosi tutti obbligati in solido, si reputano fideiussori *rispetto il loro coobbligato* (come lo vogliono e la ragione e il testo formale dell'articolo 1216 (1169)), restando tutti debitori in solido ordinari rispetto al creditore. Senza fallo, se assolutamente e tanto pel creditore che pegli obbligati vi fosse un debitore e tre fideiussori, non sarebbe possibile liberare il debitore *per la sua parte*, dacchè es-

sendo unico debitore, non vi sarebbe parte; ma quando i quattro obbligati sebbene siano un debitore unico, e tre fideiussori nei rapporti fra loro, son quattro debitori in solido rispetto al creditore, non è impossibile nè contrario all'indole dell'atto che il creditore liberi della sua parte, cioè soltanto per un quarto, uno dei quattro debitori (1).

Affinchè la remissione riguardi la parte reale dell'obbligato non basta dunque che il creditore conosca la condizione rispettiva dei condebitori in solido, ma è necessario che egli voglia estinguere il debito per questa parte reale, il che si giudicherà secondo le circostanze. Se la intenzione non fosse ben determinata, si dovrebbe decidere nel dubbio per la parte virile ed apparente, dacchè i coobbligati sono gli uni debitori e gli altri fideiussori soltanto fra loro, e rispetto al creditore son tutti condebitori in solido ordinari.

IV. — 805. Essendosi fatta la remissione espressa ad uno di più debitori non solidali, l'effetto più o men largo di esso dovrà unicamente determinarsi secondo le regole generali, cioè valutando la intenzione del creditore dai suoi termini che saranno interpretati secondo le circostanze del negozio.—Essendo dubbio il senso della remissione, per il principio che le rinunzie non si presumono, si riterrà sempre il senso men largo. Qui non potrebbe applicarsi la presunzione legale dello articolo 1285 (1239) stanziata per un debito solidale.

V. — 806. Ove il debito sia garentito da fideiussori, la remissione al debitore libera sempre e di necessità i fideiussori, non potendo l'accessorio sussistere senza il principale.

Al contrario, e per ragione inversa la remissione fatta al fideiussore, come tale, non potrebbe liberare il debitore; ma solo lascerebbe il debito senza fideiussione. —Ma se sorge, o dai termini formali dell'atto, o dalle circostanze nelle quali si è fatto, che la remissione, sebbene fatta al fideiussore, riguardi realmente il debito; se per modo di esempio il creditore, fatta inutile prova contro un debitore principale insolvente, si accordasse col fideiussore rinunciando al credito, mercè qualche vantaggio che quegli gli promettesse (vantaggi che non costituiscono nè un pagamento, nè una novazione), ovvero se il creditore, non ricevendo alcun vantaggio per la sua rinuncia, dichiarasse tener per estinto il debito avuto riguardo al fideiussore, una siffatta rimessione non sarebbe più personale a quest'ultimo, ma libererebbe tanto lui che il debitore principale.

VI. — 807. Essendovi più fideiussori, la remissione fatta ad uno di loro *non libera gli altri* giusta le ultime parole dell'articolo 1287 (1241). Ma è bisogno che questa regola si spieghi, non avendo quel senso assoluto che parrebbe uscire dai suoi termini.

E primieramente, se la remissione è stata fatta (come noi testè supponevamo per unico fideiussore) in modo che si provi essersi voluto estinguere il debito, e non solo procurare un discarico personale al fideiussore, tutti i fideiussori saranno certamente liberati, essendolo il debitore principale. Ma ove pur si trattasse di discarico puramente personale al fideiussore, non bisognerebbe credersi che desso sia ineffi-

(1) L'argomento di Delvincourt supporrebbe che i debitori in solido alcuni dei quali sono i fideiussori rispetto agli altri, cessino di esser debitori in solido perchè la loro condizione è nota al creditore! Il che farebbe dire che colui il quale conosce anticipatamente la condizione di due persone di cui una si obbliga nell'interesse dell'altra, non può efficacemente ricevere la obbligazione in solido di ambedue.

La soluzione di Delvincourt censurata da Toullier (VII, 329 nota 2), ha dovuto esserlo più largamente da noi, essendo stata riprodotta come un punto non più controverso in un'opera molto diffusa fra gli allievi delle facoltà. — In essa si allega in sostegno l'art. 1863 (1735) che non c'entra affatto, ma che in ogni caso proverebbe il contrario di quel che si vorrebbe. Infatti l'articolo dichiara che quando alcuni socii di cui sono ineguali le porzioni, contraggono una obbligazione comune per la loro società, son tutti tenuti in *eguali parti*, se il contratto non contenga una clausola *speciale*, per cui ognuno resti obbligato per la parte che realmente ha nella società.

cace per gli altri fideiussori, lasciando sussistere sempre contro loro una obbligazione sì ampia come prima era. Discaricato uno dei fideiussori, gli altri non sono più tenuti al debito, che dedotta la parte del primo; per esempio, essendovi un debito di 12,000 franchi mallevato da quattro fideiussori, uno de' quali fosse discaricato, ognuno degli altri tre garentirebbe il debito solo per 9,000.

Infatti, o i fideiussori sono in solido fra loro o pur no. Essendo in solido, son governati dalla regola del secondo paragrafo dell'art. 1285 (1239); nel verbale della discussione del nostro art. 1287 (1241) fu dichiarato adottarsi l'articolo, e permettersi al creditore di disobbligare un solo dei fideiussori conservando i suoi dritti contro gli altri per il caso solamente in cui i fideiussori non sono in solido (Fenet, tom. XIII, p. 89, §.5 e 87, § 2). Se poi i fideiussori non sono in solido, non solo ciascun di loro giusta l'art. 2026 (1898) può costringere il creditore ad agire contro tutti insieme, dimandando a ciascuno la sua parte (il che farà che il creditore ottenga da loro 9,000 franchi, poichè dei quattro ne ha discaricato uno); ma quand'anche quello degli altri tre non discaricati, contro cui il creditore agisce, non opponendo il beneficio della divisione pagasse l'intero, non sarebbe più l'intero debito ossia 12,000 franchi, ma il debito mallevato ridotto già a 9,000.

In più modi può provarsi che siesi ridotta la fideiussione per il discarico di uno dei fideiussori anche non solidali e fuori la regola dell'art. 1285 (1239). In primo luogo, sarebbe assurdo che il creditore il quale agisce contro un solo fideiussore potesse ottenere di più che se si rivolgesse in un tempo contro tutti; abbiam veduto che conforme l' articolo 2027 (1899) la fideiussione vien ridotta quando non si procede contro tutti insieme. D' altra banda, siccome l'art. 2033 (1905) vuole ed a ragione, che quello dei fideiussori che soddisfa l'intero debito, possa rivolgersi contro gli altri affinchè sostenesse soltanto la sua parte, il discarico dato ad un solo dal creditore scemando il regresso degli altri, deve quindi e in proporzione scemare la loro obbligazione. Da ultimo dichiara l'articolo 2037 (1909) venir meno la fideiussione allorquando il creditore ha reso impossibile la surrogazione ai dritti accessori che garentivano il suo credito; ora il creditore col discaricare uno dei fideiussori rende impossibile il surrogamento al dritto di procedere contro il fideiussore per la sua parte, e di conseguenza estinguesi la fideiussione per tal parte.

Il creditore non solo potrebbe solo agire contro gli altri fideiussori, dedotta la parte dell'uno discaricato; ma se sia insolvente uno dei fideiussori non discaricato, il creditore per necessaria conseguenza non potrà agire contro i solventi se non se dedotta la parte che avrebbe dovuto sostenere il discaricato. — Questo deriva dal principio che il discarico di uno dei fideiussori non può recar mai pregiudizio agli altri.

808. Dunque non è sempre vero quel che dice l'art. 1287 (1241), che la remissione accordata ad uno dei fideiussori non libera gli altri. Senza fallo, non li libera del tutto ossia *delle loro parti* nella fideiussione (supposto come fa l'articolo, un discarico puramente personale al fideiussore) ; ma li libera della parte del fideiussore discaricato. La proposizione adunque non dee prendersi alla lettera; la quale fu così dettata dai compilatori perchè quando facevasi la discussione eglino aveano intorno le obbligazioni e i dritti dei fideiussori fra loro, idee che non sono state appresso stanziate nel titolo della *fideiussione*. « I fideiussori non sono tali fra loro, diceva Cambacérés; l'impegno dell'uno *non ha alcun rapporto* con quello dell'altro, e la remissione fatta ad uno dal creditore, non reca agli altri *alcun pregiudizio*.

Defermon diceva che *potendo avvenire* che un solo fideiussore pagasse *per tutti*, non sarebbe giusto il permettere che potesse discaricarsi uno dei fideiussori. Treilhard rispondeva che per ciò dovrebbero supporsi *fideiussori in solido* mentre non lo sono. Tronchet diceva in fine che tre

fideiussori per il medesimo impegno sono affatto *estranei fra loro* (Fenet, p. 86,87). Questa sola citazione (in cui si riguardano i varî fideiussori senza alcun rapporto fra loro, e si suppone che uno di loro può pagar soltanto lo intero se sieno in solido, mentre l'art. 2225 (2131) stabilisce che ognuno dei fideiussori è sempre tenuto all'intero debito) basta a far conoscere che se al tempo della discussione fosse stato scritto il titolo *della fideiussione* tal quale è nel Codice, l'ultima disposizione dell'articolo 1287 (1241) sarebbe diversamente dettata per quel principio di ragione e di giustizia, che il discarico di un fideiussore non potrà recar pregiudizio agli altri (1).

VII.—809. Pure le idee annunziate nel Consiglio al tempo della discussione e rigettate in generale per le regole adottate nel titolo della fideiussione, sono esatte in un caso speciale quando cioè il fideiussore discaricato si fosse obbligato con un atto posteriore allo impegno degli altri, per modo che questi non abbiano potuto far assegnamento sopra di lui.

Pietro contraendo con me un debito di 12,000 franchi mi offre tre fideiussori; e di poi con un atto separato mi si profferisce un quarto fideiussore senza che i tre primi vi concorrano, e forse anche lo sappiano. In tal caso gli è vero, come si è detto al consiglio di Stato, che i tre primi fideiussori sono estranei al quarto, e che il loro impegno non ha alcun rapporto con quello dell'ultimo; gli è vero che i tre primi non han potuto nè dovuto far assegnamento sull'ultimo, e che il creditore discaricando costui, ma conservando la sua azione integra contro ciascuno degli altri tre, non reca loro alcun pregiudizio. I tre fideiussori erano obbligati ciascuno per l'intero (articolo 2025 (1897)) innanzi che il quarto si obbligasse. Discaricandosi costui ed agendosi contro ciascuno dei tre per lo intero, non si peggiora la loro condizione; si rimettono in quello stato in cui essi vollero collocarsi; agendosi per l'intero contro ognuno di loro, si adempie la loro convenzione. Pertanto eglino non potrebbero dolersi, e allora il discarico del quarto fideiussore non libererà i tre primi nè scemerà punto la loro garenzia, (vedi Pothier, art, 2, § 2, par. ultimo).

Non sarebbe così, rispetto anche al quarto fideiussore, se fosse discaricato uno dei tre primi, avvegnachè l'ultimo avesse dovuto naturalmente fare assegnamento sull'obbligo dei primi.

Potrebbe avvenire che l'impegno del quarto fideiussore domandato dal creditore si fosse dato indipendentemente da quello degli altri; in questo caso il discarico di uno dei tre o di tutti e tre non muterebbe punto la condizione del quarto. Tal quistione si deciderebbe secondo i termini e le circostanze del secondo atto.

VIII. — 810. Acciocchè si conosca se quello dei coobbligati, cui si è fatta la remissione che libera pure gli altri, possa agire contro costoro, come lo potrebbe se avesse pagato il debito, è necessario distinguere se la remissione sia stata gratuita, o a titolo oneroso. Se a titolo oneroso, il regresso vi è; se gratuita, non può esservi.

Invero il regresso ha per oggetto il ristoro dovuto al condebitore per ciò che ha pagato onde liberare i suoi coobbligati; ma non essendosi nulla pagato, non può parlarsi di ristoro. Il regresso è un'azione di gestion di negozî che sperimenta il gestore per ricevere le sue spese; ma qui non se n'è fatta alcuna.—Si direbbe invano, (*sembra che* Duranton professi tal dottrina nel n. 227, tomo XI) che essendo la remissione gratuita un dono del credito, quello a cui si è fatta ha contro i suoi condebitori i medesimi dritti che il creditore donante. Evvi in ciò un grosso errore. Senza dubbio, un creditore può donare ad uno dei condebitori il suo credito, e il donatario divien creditore per quella parte di debito che non estinguesi per confusione (art. 1300 (1254)); ma poichè in questo caso il credito è donato, trasmesso al donatario, e continua a sussistere per lui,

(1) Delvincourt (tom. II); Toullier (XII-331); Duranton (XII, 375); Zachariae (II, p. 404).

il debito non si estingue per remissione. Il credito si è ceduto per donazione: fatta la cessione si è estinta una parte del credito *per confusione*, restando l'altra parte, ma il debito non è stato rimesso. L'azione del donatario contro gli antichi coobbligati non sarebbe un regresso, ma il puro e semplice esercizio del credito che esiste sempre. Ed essendovi allora donazione propriamente detta del credito, l'effetto non può prodursi che colle forme speciali delle disposizioni a titolo gratuito. Non bisogna dunque confondere così la donazione del credito, colla semplice remissione anche gratuita.

Abbiam detto che Duranton *sembra che professi* la dottrina da noi confutata. Da una parte egli concede il regresso all'obbligato a cui il creditore *ha donato* il credito *senza le forme della donazione*, il che sarebbe non una donazione propriamente detta, ma una semplice gratuita remissione. Infatti egli dichiara di occuparsi del condebitore solidale a cui è stata fatta la remissione del debito; ma siccome egli nello stesso passo porge *per esempio di una remissione* di debito, prima una *novazione*, e poi un *pagamento* con surrogazione, diventa impossibile in tanto imbarazzo di idee cogliere il pensiero del dotto professore, non sapendosi se abbia voluto parlare d'una donazione propriamente detta, per cui *vien trasferito* il credito, ovvero soltanto d'una liberalità che non è una donazione, e che deriva dallo estinguersi il credito con una gratuita remissione. Checchè ne sia, erronea è l'una e l'altra ipotesi. Imperocchè se egli intende parlare d'una donazione propriamente detta, evvi il regresso, ma sono necessarie le speciali forme; se poi vuol parlare di una semplice remissione gratuita, non sono più necessarie le forme speciali, ma non può esservi nemmeno regresso (1).

811. Essendo il regresso una domanda di ristoro, una azione per riavere le spese, bisogna decidere che essendosi fatta una remissione a titolo oneroso, se il sagrificio per cui è fatta la remissione, valesse meno dello ammontare del debito, il regresso potrebbe soltanto esercitarsi per il valore minore.

IX. — 812. Non leggendosi nel Codice quali fossero rispetto ai coobbligati gli effetti del discarico *tacito* dato ad un di loro in modo diverso dalla restituzione del titolo, osservammo sotto l'art. 1284 (1238) che naturalmente si dovranno applicare le regole spiegate per la remissione espressa; salvo che non potrebbe richiedersi una espressa riserba, affinchè il discarico del condebitore solidale avesse effetto soltanto per la sua parte, poichè si suppone una remissione in cui nulla essendosi espresso, i fatti soltanto manifestino la intenzione. — Se dunque porgano le circostanze che il creditore abbia voluto discaricare della sua parte il debitore in solido, i condebitori saran liberati per tal parte, e si deciderà altresì dalle circostanze, se la parte sia la virile o la reale, che potrebbe essere diversa; — se la remissione è intera, gli altri saran liberati pienamente con esso lui; — se il discaricato è un debitore principale, lo saranno parimente i suoi fideiussori, — se lo sia un fideiussore come tale, il debitore resta obbligato, e gli altri fideiussori saran liberati per la parte che il discaricato aveva nella fideiussione, e via per le altre regole già da noi sviluppate.

Si osserva da ultimo che a distinguere la remissione che libera tutti gli obbligati, da quella relativa a colui cui si fa, molti scrittori sogliono la prima chiamare remissione o discarico *reale* (cioè che versa sulla *cosa* medesima, sul debito) in contrapposto alla remissione o discarico *personale*, il quale *magis eximit* PERSONAM *debitoris ab obligatione quam extinguit*

(1) Alle volte quando il creditore avrà usate le forme della donazione fra vivi o del testamento, potrà esser difficile il decidere se egli abbia voluto fare una donazione trasferendo il credito, ovvero una remissione annullandolo, dacchè la semplice remissione può farsi per testamento o per atto notarile. Questo sarà un punto di fatto, una quistione d'intenzione che i giudici decideranno interpretando l'atto e secondo le circostanze.

ipsam obligationem (Pothier, cap. 3, articolo 2); Delvincourt, Toullier (VII-329).

1288 (1242).—Ciò che il creditore ha ricevuto da un fideiussore per liberarlo dalla cauzione deve imputarsi nel debito, e portarsi in discarico del debitor principale e degli altri fideiussori.

813. Nel nostro antico dritto fu quistione, celebre come la chiama Pothier (articolo 2, § 3), se il creditore di un debito mallevato da un fideiussore, sia facultato a ricevere da costui una somma in prezzo del discarico anzichè per imputarla sul debito.

Pothier secondo Dumoulin stimava essere ciò lecito quando era temibile la insolventezza del debitore al tempo che si consentiva il discarico, avvegnachè allora la somma data dal fideiussore (e che il creditore avrebbe ricevuto oltre a ciò che gli era dovuto se il debito gli fosse interamente pagato) fosse il giusto prezzo del pericolo che su di se tolse il creditore. Secondo lui era questo un contratto alcatorio in cui il creditore soggettandosi al rischio di perdere in luogo del fideiussore, aveva il dritto di farlo con la stipulazione di un guadagno. Alcuni altri pretendevano essere siffatta stipulazione contraria all'indole del contratto di fideiussione che mira unicamente a garentire il pagamento al creditore il quale non può aver mai più di ciò che gli è dovuto.

Quest'ultima opinione, troppo severa forse, è consacrata dal Codice, dichiarandosi nel nostro articolo in modo assoluto che la somma pagata da un fideiussore s'imputa sul debito stesso, è quindi una remissione *reale*, e discarica fino alla concorrenza il debitore, e se ve ne ha, gli altri fideiussori.

814. Non si tenti sostenere (come alcuna volta si è fatto) che sia questa una presunzione d'intenzione, la quale verrebbe meno di fronte ad una intenzione contraria raccertata, che sia una regola generale che si potrebbe derogare con una particolare stipulazione, riserbando espressamente al creditore i suoi dritti contro il debitore, e attribuendogli la somma come prezzo dei pericoli cui egli si espone. Ciò sarebbe un errore; il legislatore, bene o male, col nostro articolo ha rigettato la antica dottrina di Pothier, come chiaramente scorgesi dalla discussione al consiglio di Stato.

L'articolo censurato *sotto questo aspetto* da alcuni, fu difeso da altri, e alla fine adottato *sotto questo medesimo aspetto*. «Alcuna volta, diceva Berenger, questo patto non è onesto, avvegnachè discaricando il fideiussore si esponesse il creditore in qualche circostanza a pericoli di cui conviene ristorarlo». Treilhard rispondeva che « il creditore mira colla fideiussione alla sicurtà del suo credito; or l'oggetto è compiuto quando egli lo riceve: la disposizione quindi è conforme ai principî della giustizia e allo spirito del contratto di fideiussione ». Da ultimo alla obbiezione di Segur che tal disposizione facilmente si eluderebbe dichiarandosi nell'atto un discarico puro e semplice, Treilhard rispondeva «nulla poter le leggi contro *le frodi*, e l'articolo fu adottato » (Fenet, XIII, p. 87 e 88).

Adunque si sono volute proibire tutte le convenzioni contrarie tanto che son dichiarate *frodi alle leggi*, le quali potrebbero solo avere effetto se restino ignote.

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE

815. Intendesi per compensazione lo estinguersi insieme due obbligazioni che scambievolmente si soddisfano, perchè il creditore della prima è debitore della se-

conda, nel mentre che il creditore della seconda è debitore della prima. Gli è un fittizio pagamento per cui ognuna delle due parti rilascia da una mano ciò che dovrebbe ricevere dall'altra.

La compensazione è legale o facultativa: legale allorchè col consenso delle quattro condizioni spiegate dagli art. 1289, 1291 (1243, 1245) si compie di pieno dritto, e senza volontà delle parti; facultativa quando avviene per dimanda di una delle parti. I testi che spiegheremo parlan solo della compensazione legale; vi aggiungeremo noi alcune parole sulla compensazione facultativa, la quale produce gli effetti stessi differendo soltanto dalla prima per il modo con cui si effettua.

1. Della compensazione legale.

1289 (**1243**). — Quando due persone son debitrici l'una verso l'altra, ha luogo tra esse una *compensazione* che estingue i due debiti, nel modo e nei casi da esprimersi appresso.* fa *ipso jure* per sola operazione della legge, ed anche senza saputa dei debitori. Nel momento in cui i due debiti esistono contemporaneamente, si estinguono reciprocamente fino alla concorrenza delle rispettive lor qualità.**

1290 (**1244**). — La compensazione si

816. La legge, siccome da noi si è detto, intende qui parlare della compensazione legale, la sola che si operi di pieno dritto all'insaputa dei debitori, per l'immediato effetto delle quattro volute condizioni.

La prima delle quali, indicata dall'articolo **1289** (**1243**), si è che le due parti sieno realmente debitrici l'una dell'altra. La compensazione non avrebbe effetto se essendovi io debitore di 500 fr., foste voi dell'egual somma creditore non mio, ma del mio pupillo; perchè quantunque spetterebbe a me pagarvi siccome tutore, pure il debito non è mio. Del pari, non vi sarebbe compensazione tra ciò che io devo a una eredità, e ciò che a me deve l'erede beneficiato, dappoichè l'accettazione col beneficio d'inventario non fa confondere i patrimoni, e se io ho per debitore l'erede, non è egli il mio creditore, ma il patrimonio del defunto. Nell'articolo **1294** (**1248**) vedremo applicata questa prima condizione.

Del resto, pria di conoscere le altre tre condizioni della compensazione legale vedesi nello articolo **1290** (**1244**) come non sia necessario che i due debiti abbiano uno ugual valore, di modo che si paghino tutti e due per l'intero; i due debiti, dice l'articolo, si estingueranno fino alla concorrenza delle loro rispettive quantità, ciò che fa supporre due debiti disuguali, di cui il minore estinguesi del tutto, e l'altro in parte. L'è questa una eccezione alla regola che un creditore non può esser costretto a ricevere un parziale pagamento (art. **1244** (**1197**)).

1291 (**1245**).—Non ha luogo la compensazione se non tra due debiti che hanno egualmente per oggetto una somma di denaro, o una determinata quantità di

* Massime della C. S. di Napoli.

— Nelle ricompre può venire in considerazione la compensazione per ritenersi che siasi esercitato il diritto corrispondente. 6 mar. 1827.

— Non può aver luogo la compensazione, qualora il debito che si vool compensare non sia dovuto a coloi al quale si vuol la compensazione opporre. 7 nov. 1840.

— Non merita censura la decisione che, dietro l'esame dei documenti, escluda la compensazione di credito e di debito. 12 ag. 1850.

— La compensazione può farsi valere nell'esecuzione del giudicato. 31 ag. 1852.

**La compensazione di un debito di pigione avviene dal giorno in cui si matura, non già da quello del giudicato di condanna. C. S. di Napoli, 8 agosto 1818.

cose fungibili della stessa specie, e che sono ugualmente liquide ed esigibili.

Le prestazioni non controverse di grani o di derrate, il cui valore è regolato dal prezzo de' pubblici mercati, possono compensarsi con somme liquide ed esigibili.*

1292 (1246). — Le dilazioni gratuite non sono di ostacolo alla compensazione.

SOMMARIO

I. La seconda condizione della compensazione legale, è che gli oggetti dei due debiti sieno fungibili fra loro. Osservazioni sui debiti alternativi e sui facultativi.

II. La qualità di fungibili vuolsi specialmente sui debiti di somme determinate; come tali si reputano le derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati: Si dissente da Dalloz e Zachariae: relazione di questa regola con l'articolo 129 *Cod. procedura* (221); *errore di Toullier e Duranton. —Non si segue la regola per quei debiti di cui uno è appunto la causa dell'altro.*

III. Vuolsi per terza condizione, che ciascun debito sia liquido, cioè certo nella sua esistenza, e determinato nella sua quantità.

IV. La quarta condizione, è che ciascuno dei debiti possa esigersi. Pure il termine di grazia non potrebbe impedire la compensazione: questa non può avvenire quando i debiti sieno esigibili per ragion di fallimento. —Rimando all'art. 1298 (1252).

I.—817. Affinchè si compia il compenso legale bisogna, oltre la prima condizione succennata, che i debiti abbiano entrambi per oggetto somme determinate (e le derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati si stimano qui danaro), o altre cose fungibili tra loro; che sieno liquidi; infine esigibili.

E in primo luogo, quantunque il legislatore abbia in questa materia fatta eccezione alla regola, che il creditore non può esser costretto a ricevere soltanto una porzione di ciò che gli si deve, non ha voluto fare egualmente eccezione all'altra regola, che il creditore non può esser costretto a ricevere in pagamento una cosa diversa da quella dovuta. Ed infatti la seconda è molto più importante della prima; perchè invero non havvi un grande inconveniente se il creditore riceva una porzione del suo credito, potendo egli agire immediatamente per ottenere il resto, nel mentre sarebbe assurdo il costringerlo, a modo di esempio, a prendere una biblioteca invece del cavallo che gli è dovuto. Affinchè il reciproco e fittizio pagamento che

* Massime della C. S. di Napoli.

— Tutto ciò che non è liquido può andare anche in compensazione, ove sia liquidabile prontamente, 17 gennaro 1846.

— È censurabile la decisione che dichiari avvenuta la compensazione legale tra un credito liquido ed esigibile, ed un capitale di censo bollare, al tempo in cui la restituzione di quest'ultimo, comunque chiesta dal creditore, ed accordata dal giudice, si trova sospesa nella esecuzione in conseguenza del reclamo fondato sul motivo che il censo medesimo fosse stato trasferito ad un terzo. 26 nov. 1850.

— Gl'interessi sopra somme certe non si compensano con i frutti dovuti per fondi rivendicati, 27 marzo 1852.

— L'esazione di un credito certo e liquido non può sospendersi, onde instruirsi per un credito che si oppone in compensazione. 15 aprile 1852.

— Sebbene la compensazione ha luogo tra debiti liquidi ed esigibili, non debbe però confondersi la compensazione legale che estingue i due debiti *ipso jure*, con la compensazione che il convenuto opponga all'attore in linea riconvenzionale per farsi valere dietro la pronunziazione del magistrato. In questo caso, se la riconvenzionale abbia bisogno d'instruzione, bene il giudice sospende di pronanziare sulla dimanda principale. 2 settembre 1852.

— È censurabile la sentenza che ritiene fatti non veri, ed ammette la compensazione mentre non era dimostrata, e non potea allo stato dimostrarsi, per la minaccia di falso, l'esistenza contemporanea di due crediti egualmente liquidi ed esigibili, 30 giugno 1853.

— La compensazione progressiva della eccedenza della rendita sugl'interessi di un credito garentito da anticresi col credito stesso, non incontra ostacolo in legge, essendo la detta eccedenza anch'essa un debito liquido ed esigibile, 28 novembre 1854.

costituisce la compensazione, si effettui, è bisogno che i due debiti abbiano un simile oggetto; in tal caso ogni creditore è pagato ritenendo semplicemente l'oggetto che doveva rilasciare, egli dappoichè l'avrebbe rilasciato per riceverne uno simigliante.

Allorchè le due cose dovute sono fungibili tra loro, vi è compensazione. Diciamo fungibili tra loro, essendo necessario che ognuna fosse fongibile rispetto all'altra: così allorchè io ho prestato al mio vicino, come me libraio, 12 esemplari del Codice, ed egli a me dodici bottiglie di vino, ambe le cose sono fongibili (perchè abbiamo voluto che si rendessero non li medesimi libri e bottiglie, ma altri simili); però, siccome le bottiglie non potrebbero rimpiazzare i Codici, nè reciprocamente, quindi l'uno oggetto non è fungibile rispetto all'altro, nè potrebbero fra loro compensarsi. Dunque i due oggetti debbono essere rispettivamente fungibili; il che è indicato dal nostro articolo che vuole cose fongibili della *medesima specie*. Ciò importa che la compensazione non avviene in tutti, ma solo in quei casi in cui ciascuna parte potrebbe pagare ciò che le è dovuto. Quando ciascuno dei due debiti ha per oggetto *in genere* un cavallo, cento montoni, venti botti d'olio, un ettare di terra in quel dipartimento, potranno l'uno coll'altro compensarsi. Ma non potrà farsi compensazione, se una delle parti è debitrice di un *cavallo*, e l'altra di *quello dei suoi cavalli* individualmente determinato, o soltanto quello che vorrà scegliere dei suoi cavalli, avvegnachè la seconda parte non potesse pagare rilasciando ciò che le è dovuto. Ammessa in questo caso la compensazione, la prima parte darebbe in pagamento un cavallo che non è il dovuto: quello dovuto dall'una parte non può esattamente sostituire l'altro determinato (o da prendersi in una determinata quantità) che è dovuto dall'altra: le due cose non sono fungibili tra loro. Sarebbe anche così, se una delle parti dovesse cento montoni indeterminati, e l'altra altrettanti di quelli che sono nel suo gregge, ovvero cento montoni da prendersi fra i 500 del suo gregge; se questi dovesse un ettare di terra in un cantone, e quello un altro ettare in altro cantone.

818. Non potrebbe nè manco esservi compensazione legale, se uno dei debiti, a lato una cosa fongibile rispetto all'oggetto dell'altro debito, abbia alternativamente per oggetto una seconda cosa senza tal qualità; ad esempio, se io son debitore di dieci ettari di terra in quella contrada, e voi alternativamente verso di me o di dieci ettari di terra nella medesima contrada, o della vostra casa di Versailles a vostra o a mia scelta. In tal caso, la compensazione non può di pieno dritto farsi, perchè così si pagherebbe il debito alternativo coi dieci ettari di terra, mentre quello che ha la scelta ha il dritto di non dare o di non ricevere che la casa di Versailles. Essendo il debito alternativo, e finchè tale resti, si ignora qual sia il suo oggetto, forse questo, forse quell'altro; nel nostro esempio, il vostro debito ha forse per oggetto gli ettari di terra, e quindi una cosa fungibile con quella da me dovuta, ma forse anche il suo oggetto è la casa. Tutto qui dipende dalla volontà di quella parte che ha la scelta; e sol quando il debito per la scelta eseguita non sarà più alternativo, potrà farsi la compensazione (supposto che la parte abbia scelto la cosa fongibile); che se uno dei debiti anzichè alternativo, fosse solo facoltativo; p. e. se vi siete obbligato a rilasciarmi dieci ettari di terreno, ma con la facoltà di potermi invece rilasciare la vostra casa di Versailles, allora siccome il vostro debito ha un solo oggetto, cioè i dieci ettari di terra (vedi qui sopra dopo l'art. 1196 (1149)), può farsi certamente la compensazione. Ma siccome d'altra parte, il debitore non è assolutamente costretto a rilasciare l'oggetto dovuto, e può liberarsi dando la casa, non si farà la compensazione se egli vi si oppone. Pertanto, secondo a noi pare, vi sarà in questo caso compensazione se il debitore dell'obbligazione alternativa lascia correre il termine in cui deve pagare il debito senza dir nulla, e la compensazione non potrà mai farsi se venuto il ter-

mine o prima il debitore dichiari, che vuol liberarsi dando la cosa riserbata *in facultate solutionis*.

II. — 819. Il principio da noi svolto si applica nella regola della compensazione dei debiti di somme di denaro, non essendovi cose più esattamente fungibili fra loro, e che più perfettamente si sostituiscano l'una all'altra, quanto le somme di danaro. Parliamo in generale e pei casi ordinari. Imperocchè, se il danaro che forma l'oggetto del vostro debito fosse dovuto da voi, non come un semplice valore pecuniario, che può con altro esser pagato, ma come corpo certo che dev'essere identicamente rilasciato *in ipso individuo*, allora non sarebbe più fungibile coll'altro, e quindi non potrebbe compensarsi. Se vostro padre mi ha legato come oggetto di curiosità alcune monete da lui raccolte o per la loro data, o per altra ragione, voi non potreste certamente darmene altre, nè pretendere che il vostro debito si compensi colla somma che io vi devo.

La legge estende tal regola in modo che non avrebbe potuto farsi senza il suo testo: assimilando ai debiti di somme di denaro quelli di derrate il cui valore è regolato dai registri sui quali il corso dei mercati viene officialmente notato dai sindaci dei comuni. Se io vi son debitore di denaro, e voi a me di frumento, se io di frumento e voi a me di segale, di orzo, di avena, ec. e tali derrate sono notate nei registri: esse rappresenteranno denaro secondo il prezzo corrente, e quindi potranno compensarsi, come se fossero stati due debiti di denaro.

820. Dalloz (alla parola *Obbligazione*, pag. 621, n. 8), e Zachariae (II, 407) non estendono al pari di noi il secondo paragrafo del nostro articolo; prendendolo alla lettera insegnano che un debito di derrate annotate nei pubblici registri, benchè si compensi con un debito di denaro, non si compenserebbe ugualmente con un debito di altre derrate del pari annotate.— — Questo, secondo noi, importa stare troppo giudaicamente al testo della legge, e non coglierne il pensiero. Quando la legge compensa col danaro il frumento, ed anche la segale, dichiara con ciò che questa e quello perchè facilmente permutabili in denaro, si tengono legalmente per denaro (per quanto risguarda la compensazione); ma se il frumento qui è una somma di denaro, e parimente la segale, come non potrebbero compensarsi fra loro? Due cose ciascuna delle quali può compensarsi con una terza, val dire legalmente è identica a se stessa, possono di necessità compensarsi fra loro: *que sunt eadem uni tertio sunt eadem inter se*; Se B è uguale ad A, ed S uguale parimente ad A, B è uguale ad S.

821. Toullier (VII, 367) e Duranton (XII, 390) credono che alla nostra regola faccia eccezione l'art. 129 (221) Cod. proc. secondo il quale le sentenze che condannano ad una restituzione di frutti ordineranno che questa sia fatta in natura per l'ultima annata, e per le annate precedenti in danaro. Duranton dice che ordinandosi la restituzione in natura per l'ultima annata, non potrebbe questa affatto compensarsi.

Toullier estende di più tal sentenza, avvegnachè invece di restringere la pretesa eccezione alla restituzione dei frutti, la estendesso a tutte le prestazioni di derrate delle quali son dovute più annate. Allorquando io son creditore di una rendita annuale di 50 ettolitri di frumento, e il debitore da tre anni non mi ha pagato, non potrà farsi la compensazione per l'ultimo, mentre si può per il primo ed il secondo anno; così insegna Toullier (che è stato in ciò combattuto da Duranton). Ma se uno immesso nel possesso dei beni di un assente (art. 127 (133)) ovvero un possessore di mala fede (art. 549 (474)) è stato condannato a restituirmi l'immobile con tutti o parte dei frutti prodotti da tre o quattro anni, Duranton e Toullier concordano nello insegnare che i frutti dell'ultimo anno non si compenseranno con ciò di cui potrei essere debitore verso di quelli.

È grave errore. E in primo luogo, Toullier s'inganna intorno al senso dell'art. 129 (221) C. proc. applicandolo alle presta-

zioni periodiche di frutti; avvegnachè in esso si parlasse solo delle *restituzioni di frutti*, cioè dei casi in cui il *possessore* del mio fondo *deve restituirmi* i frutti raccoltine, e che a me appartengono insieme col fondo stesso. Egli in tal caso è tenuto per l'ultimo anno a restituirmi, almeno in principio, i medesimi frutti, supponendosi che li possieda ancora; se più non li possedesse, dovrebbe pagarne il prezzo. Pagherà poi il prezzo dei frutti degli anni precedenti perchè probabilmente egli non li avrà più, nè fa bisogno che il prezzo sia annotato nei registri; ove nol fosse, sarà stabilito dai periti (artic. 129 (221)). Or che cosa v'è di comune fra questa ipotesi, e quella di chi mi è debitore di una rendita annuale di una certa quantità di ettolitri di frumento, di avena, ec. e che non pagandomi per due o tre anni, può darmi la mia rendita in natura tanto per il primo e il secondo, che per il terzo anno? Se il debitore in quest'ultimo caso non ha conservato il frumento da lui ricolto, mi pagherà con altro. Toullier dunque ha voluto a torto estendere a tutte le prestazioni la regola dettata dall'art. 129 (221) per la *restituzione* di frutti, e tal dottrina fu con ragione rigettata da Duranton: ma vi ha un secondo errore (a cui si accosta Duranton) nel risguardare l'articolo 129 (221) come una eccezione alla regola del nostro secondo paragrafo.

Quell' articolo non si occupa affatto se vi sarà compensazione in questo o in quel caso; e se colui che deve restituire, va soggetto in un caso al *pagamento* di una somma di denaro, e in un altro di frutti; non vi sarà pagamento effettivo di denaro o di frutti, se non quando il debito non fosse altrimenti estinto, o con la compensazione, o con la novazione, o con qualunque altra maniera. Siccome colui che sarebbe condannato secondo l'art. 129 (221) a pagare una somma al proprietario, non dovrebbe fare alcun reale pagamento, se fosse creditore verso di lui di ugual somma, effettuandosi la compensazione secondo il primo paragrafo del nostro art. 1292 (1246); così non dovrebbe pagar nulla se fosse condannato alla restituzione dei frutti ammontanti alla medesima somma secondo i pubblici registri, effettuandosi la compensazione giusta il secondo paragrafo del nostro articolo.

In breve, l'art. 129 (221) Cod. proced. vuol dire *che colui il quale è obbligato a restituire va soggetto* in un caso ad un debito di denaro, e in altro ad un *debito di frutti*; il nostro articolo dichiara che *i debiti di frutti si compensano* co' *debiti di denaro se i frutti sono annotati nei pubblici registri*. Coteste due regole non si contraddicono per nulla, non essendo fra loro opposte, e quindi l'una non può essere di eccezione all'altra.

822. La nostra regola per tanto si applica a tutti i debiti di derrate, salvo una eccezione che esce dall'indole stessa della cosa, e che per la sua evidenza è stata intralasciata dal legislatore. Parliamo del caso in cui il debito di derrate avrebbe *per causa* la obbligazione con cui si vorrebbe compensarla. Allorchè io compro da voi 50 ettolitri di frumento pagandoveli sull'istante, e voi me li dovrete consegnare entro pochi giorni, nissuno di noi potrebbe dire nel momento stabilito per la esecuzione, che non siamo l'uno all'altro debitori, e che i nostri due debiti sono reciprocamente estinti per compensazione, avvegnachè una avesse per oggetto una somma di danaro, e l'altra delle derrate annotate nei pubblici registri. Ciò sarebbe assurdo, quanto iniquo. Se la compensazione si compie alla insaputa dei due debitori, e per effetto della volontà presunta dalla legge, bisogna almeno che la volontà non sia ragionevolmente impossibile, e che la compensazione non annulli il contratto stabilito fra le parti. Or non può essermi indifferente che io abbia denaro o frumento dacchè ho contratto con voi unicamente per aver quello e non questo, come voi avete contratto per aver denaro, e non frumento. — Ma non è perciò necessario il dire che la compensazione non può farsi per un debito di derrate, se non quando sieno prestazioni a periodo. La eccezione diverrebbe troppo ampia. Se io vi devo i

300 franchi tolti in prestito da voi, e voi vi siete obbligato in forza del testamento di vostro padre a rilasciarmi una quantità di frumento che secondo i pubblici registri equivale alla medesima somma, i due debiti si compenseranno.

La eccezione adunque restringesi al caso di due obbligazioni che derivino da un medesimo contratto in cui una sia appunto la causa dell'altra.

823. Osserviamo da ultimo che le parole del secondo paragrafo dell' articolo, *possono compensarsi*, non accennano ad una compensazione facultativa, che possa o no effettuarsi secondo che fosse o no richiesta da una delle parti. La compensazione in questo come negli altri casi indicati dalla nostra sezione, si fa per se stessa e col concorso delle condizioni richieste; imperocchè il Codice parli della compensazione legale, e gli articoli 1284-1290 (1238-1244) positivamente dichiarano che, nei casi e nei modi indicati dalla legge, la compensazione si opera di pieno dritto anche ad insaputa dei debitori. Quindi il nostro articolo, per ciò che risguarda la seconda condizione, vuol dire; è necessario che gli oggetti dei due debiti sieno fungibili fra loro. E, senza contrasto, son tali le somme di denaro, e in questo modo si assimilano al denaro le derrate annullate nei pubblici registri, purchè non sieno dovute per effetto di un contratto che esclude necessariamente la compensazione.

III.—824. La terza condizione che vuolsi per la compensazione legale, si è che i due debiti sieno liquidi, cioè certi e determinati nella quantità.

Così non si farebbe la compensazione legale se uno dei due debiti fosse contrastato dal preteso debitore, ma già s'intende seriamente, perchè se la pretensione fosse iniqua e risibile, non produrrebbe alcuno effetto, e il giudice rigettandola stabilirebbe essere realmente liquido il debito, la compensazione essersi compita di pieno dritto. Ciò fu positivamente detto nel rapporto al Tribunato (Fenet, tom. 13, pagina 363).

Non vi sarebbe nemmeno compensazione se uno dei debiti fosse soggetto ad una condizione sospensiva, dacchè in tal caso il debito non esiste, ma deve nascere avverandosi il fatto preveduto. Essendo la condizione risolutiva, siccome l'obbligazione allora è pura e semplice, e condizionale soltanto la sua risoluzione (vedi sopra articolo 1138 (1092)), e quindi esiste il debito, la compensazione può immediatamente avere effetto; ma se appresso, avveratasi la condizione, la obbligazione si risolvesse, tenendosi il debito come non mai esistito, si potrebbe agire contro il debitore dell'altra obbligazione, la quale non sarebbe mai esistita.

Infine non si compirebbe la compensazione, se uno dei debiti fosse incerto per la sua quantità, per esempio se dipendesse da una stima o da un conto da farsi; è liquido un debito quando è noto se, e quanto si deve, *an et quantum debeatur*.

IV.—825. La quarta ed ultima condizione della compensazione legale si è, che ognuno dei due debiti sia di presente esigibile.

Dunque, se per uno dei debiti non si avesse azione, come per un debito di giuoco, non si potrà far compensazione, avvegnachè legalmente non potesse in verun tempo esso richiedersi. Parimente, se fosse una rendita, potranno compensarsi legalmente le annualità, ma non il capitale che non può richiedersi. Se il debito non possa al presente riscuotersi, val dire se è soggetto ad un termine non per anche corso, non potrebbe farsi egualmente la compensazione legale, tranne che non fosse un semplice termine di grazia accordato dal giudice al debitore in forza dell' articolo 1244 (1197). Infatti questo termine si è dato, perchè il debitore non poteva soddisfare il suo debito; ma il pagamento diviene la cosa più facile del mondo se deve compiersi senza dar nulla il debitore.

826. Non offrono alcuna difficoltà tali diverse soluzioni. Ma che si deciderebbe se una obbligazione che potrebbe annullarsi, non sia ancora annullata, ovvero se di un debito prescritto non si è per anco

opposta la prescrizione? Generalmente si decide (1) che non vi sarà compensazione, e a tal sentenza noi ci accostiamo. Un debito non estinguesi di pieno dritto, compita la prescrizione, e il debito che può annullarsi rimane valido, finchè non sia stato pronunziato l'annullamento; ma siccome si è sempre ammesso e nel Romano e nel nostro antico dritto, che non si potranno compensare i debiti contro i quali una perentoria eccezione può opporsi dal debitore, (antica regola che i nostri compilatori non vollero certamente mutare), dobbiamo credere che per debiti esigibili si son compresi quelli il pagamento dei quali può efficacemente richiedersi. Del resto, la quistione è poco importante in fatto, e qualunque sia la opinione che si adotti, sarà sempre uno il risultamento. Infatti, una obbligazione che può annullarsi e di cui non si è pronunciata la nullità, rimanendo valida, deve essere pagata se non si compensa; se si fa annullare, essa sarebbe come non mai esistita, per modo che la compensazione che si pretendesse compiuta, sarebbe come non avvenuta, e toglierebbe che si potesse dimandare il pagamento dell'altro debito.

Così, possa o no compensarsi il debito soggetto ad annullamento, giungeremo sempre ad un punto, sia o no annullato. Sarà lo stesso, si opponga o no la prescrizione di un debito prescritto.

827. Il fallimento di un debitore, sebbene faccia che tutti i suoi debiti possano immediatamente riscuotersi (art. 444 (436) Codice commerciale) non fa che si possano compensare, rendendo impossibile qualunque pagamento di debiti non realmente corsi: « Sono nulli e senza effetto, dice l'art. 446 (438) Cod. com. tutti i pagamenti o in ispecie o per trasporto, vendita, compensazione, o altrimenti per debiti non corsi ». Così il debito che può esigersi dopo il fallimento, non si potrà compensare. Il debito che può esigersi da un debitore decaduto dal termine che ci godeva, perchè è fallito, o ha scemato le facoltà date al creditore (art. 1188 (1141)), potrebbe compensarsi; ma si noti che se il magistrato non dichiara corso il termine, non può esigersi e quindi non vi può essere compensazione.

Vedremo sotto l'articolo 1298 (1252) un'altra conseguenza della regola che ognuno degli altri debiti possa di presente riscuotersi.

1293 (1247). — La compensazione ha luogo qualunque sieno le cause dell'uno o dell'altro debito, eccettuati i seguenti casi:

1° quando si domanda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato;

2° quando si domanda la restituzione del deposito o del comodato;

3° quando si tratta di un debito che ha per causa alimenti dichiarati non soggetti a sequestro.

SOMMARIO

I. Con le sopraddette condizioni la compensazione ha luogo in qualunque circostanza, eccettone quattro eccezioni.

II. La prima risguarda la restituzione di una cosa di cui il proprietario fu ingiustamente spogliato.

III. La seconda la restituzione di un deposito irregolare; ma non potrebbe estendersi al prestito ad uso. L'articolo fu mal compilato; errore di Toullier, Duranton e Delvincourt.

IV. La terza risguarda tutti i debiti di cose non soggette a sequestro: la disposizione dell'articolo è troppo ristretta.

V. La quarta ha luogo quando una parte ha rinunziato anticipatamente alla compensazione: errore di Toullier.

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Compensazione*, § 2, n. 9); Dalloz alla parola *Obbligazione* (cap. 5, sez. 4, art. 1); Zachariae (2, p. 409).

I.—828. Secondo il già detto nel numero II del precedente articolo, non dovrebbe prendersi alla lettera la disposizione del primo paragrafo del nostro articolo. giusta il quale non dee aversi riguardo alla causa delle due obbligazioni, per conoscere se vi sia luogo a compensazione. Abbiam visto non potersi fare compensazione fra due debiti derivanti da un medesimo contratto bilaterale, in cui ognuno di essi sia causa dell'altro. Ma tranne questo speciale caso, la regola è verissima, o s'intendano le parole *causa della obbligazione* nel senso tecnico, e per il motivo immediato della obbligazione (vedi sopra art. 1108, 1131 (1062, 1085)), ovvero pei motivi primi ed immediati che han tratto il debitore ad obbligarsi, o infine si applichino alle diverse sorgenti (contratti, quasi-contratti, delitti, ecc.) della obbligazione. Concorrendo le quattro condizioni dianzi indicate, la compensazione avviene senza altro.

Nondimeno la legge fa tre eccezioni, a cui ne aggiungiamo una quarta così evidente, che non facea mestieri scriverla nella legge, cioè 1° per l'obbligazione di restituire una cosa di cui il proprietario è stato spogliato; 2° per quella di restituire un deposito; 3° per un debito di cose insequestrabili; 4° in fine per quello di cui il debitore avrebbe anticipatamente rinunziato alla compensazione.

II. — 829. 1° Quando una delle obbligazioni risguarda la restituzione di una cosa di cui il proprietario è stato ingiustamente spogliato, *sine jure*, non coll'autorità della legge, il legislatore, onde punire l'usurpatore, vuole che l'oggetto sia restituito in natura, colla consegna effettiva della cosa e non con equivalente; salvo che colui che riconsegna si farà pagare l'oggetto simile che gli è dovuto. Così se il mio vicino mi ha rubato dal mio granajo due sacchi di frumento, e giorni dopo io (o per un legato fattogli dal mio autore, o perchè io succeda al suo debitore) ne debbo altrettanti; non perciò vi sarà compensazione; il ladro dovrà restituirmi il grano rubatomi, salvo a riceversi da me lo stesso frumento onde pagarsi il suo credito: *spoliatus ante omnia restituendus*.

III. — 830. 2° Se devesi restituire una cosa data in deposito, il depositario è ugualmente obbligato a farne l'effettiva restituzione, la legge gli nega di poter compensare il suo debito con quello che ei potrebbe pretendere dal deponente. Di più è chiaro, come fa osservare Pothier (§ 1, § 2), che tal seconda eccezione non può valere per l'ordinario deposito, ma solo per lo irregolare in cui il danaro o altri oggetti depositati avrebbero potuto confondersi dal depositario coi suoi, restituendo dipoi non le cose stesse, ma altre simiglianti. Se si dovesse identicamente restituire la cosa depositata, il debito avrebbe allora per oggetto un corpo certo; in conseguenza non potrebbe farsi la compensazione che si fa soltanto pei debiti di cose fungibili, nè potrebbe eccettuarsi dalla regola un caso che non vi sarebbe compreso. Tale osservazione basta a far comprendere quanto sia viziosa la disposizione del nostro articolo che dichiara di eccettuare dal principio della compensazione la restituzione del *prestito ad uso*. Il prestito ad uso può aver solo per oggetto un corpo certo e determinato, perchè la cosa prestata deve essere riconsegnata identicamente *in ipso individuo* (art. 1875, 1877 (1747, 1749), e se invece della cosa tolta in prestito si potesse darne un'altra, non sarebbe più un prestito ad uso, un comodato, sibbene un prestito di consumo, un *mutuum*, art. 1892, 1893 (1764, 1765). Ma poichè l'oggetto del comodato è necessariamente un corpo certo, ed individualmente determinato, la compensazione è solo possibile pei debiti di cose fungibili, dunque non regge il principio della compensazione, nè per conseguenza la eccezione; non avendo alcun senso le parole e *del prestito ad uso* qui poste per la confusione fatta dai compilatori tra le cose fungibili, e quelle che con l'uso consumansi debbono cancellarsi (vedi art. 536, n. 2 (461)).

831. Toullier (VII-363) e Duranton (XII-448) pretendono spiegare questa parte dell'articolo, con dire che il comodato può

qualche volta avere per oggetto cose fungibili, ed in conseguenza compensabili; e ne recano ad esempio un cassiere che dovendo essere soggetto alla verificazione della cassa, farebbe prestarsi *ad ostentationem tantum* alcuni sacchi di denaro da restituir poi identici. In tal caso, dicono essi, la cosa prestata ad uso è compensabile, dappoichè essa è denaro, quindi non è inutile la ultima eccezione del n. 2 dell'articolo 1293 (1247). Palpabile è l'errore di tal pretesa spiegazione. Dovendo la cosa qualunque essa sia, restituirsi identicamente, e senza potersi da altra *sostituire*, essa non è fungibile, non compensabile; dappoichè le cose sono appunto fungibili perchè l'una può coll' altra sostituirsi, la compensazione è un pagamento che si effettua non con la cosa che mi è dovuta, ma con quella che vi sostituisco. Delvincourt avea cercato di spiegare tal disposizione con dire che il legislatore avea inteso parlare del caso in cui chi toglie in prestito, perduta o distrutta la cosa, dovrebbe restituirla in denaro. È ciò un errore; perchè se chi prende denaro in prestito ovvero un depositario, sono debitori non più della cosa depositata o prestata, ma di una semplice quantità di denaro, potrebbe farsi la compensazione, ed il nostro articolo non sarebbe applicabile. Bisogna dunque riconoscere che qui non entra il prestito ad uso di cui Pothier non fa parola, ed i compilatori non ne hanno parlato per disaccortezza o per l'analogia scorta fra il prestito e il deposito che rinvenivasi in Pothier.

IV.—832. 3° Il compenso, essendo un pagamento che può adempiersi all'insaputa e contro la volontà dei debitori, non è più possibile nel caso in cui uno dei debitori non potrebbe esser costretto ad un effettivo pagamento. Adunque quando la somma che mi dovete non può sequestrarsi tra le vostre mani dai miei creditori, non potrebbe compensarsi nè anco con quella che io vi dovrei; dappoichè la compensazione produrrebbe contro di me ed a vostro vantaggio, che sia sequestrata una cosa insequestrabile; che io pagassi di forza una somma che non posso essere costretto a pagare. Ciò fu espressamente detto al Corpo legislativo nella discussione del nostro articolo (Fenet, tom. XIII, p. 213).

Secondo questo principio la terza eccezione del nostro articolo va espressa in un modo troppo ristretto e per doppio motivo. Essa parla soltanto degli alimenti *dichiarati* insequestrabili; ma l'articolo 581-4° (671). C. proced. ha reso insequestrabili tutte le disposizioni a titolo di alimenti, anche allora che il disponente non ve li avesse dichiarato, di modo che siffatte disposizioni sarebbero sempre insequestrabili, se non perchè tali li dichiara il disponente, almeno perchè tali li fa la legge. D'altro lato, questo istesso art. 581 (675) prova come vi sieno altri debiti insequestrabili oltre gli alimenti: or tutti i debiti insequestrabili non possono affatto compensarsi. Del resto, come l'art. 582 (672) C. proc. indica alcuni casi particolari in cui possono sequestrarsi le cose che in principio non lo potrebbero, il debito in questi casi non essendo più insequestrabile, potrebbe perciò compensarsi.

V.—833. 4° La quarta ed ultima eccezione al principio della compensazione di pieno dritto, avviene allorchè le parti vi hanno in pria rinunziato, espressamente o implicitamente.

Toullier (VII-393) pareggiando la compensazione alla prescrizione, ci insegna potersi rinunciare al beneficio d' una compensazione già fatta, non ad una da fare, dichiarandosi non compita (articolo 2220 (2126)). Non è evidentemente inesatta una tale sentenza? Ognuno essendo libero in principio e per comun dritto di rinunciare, sì pria che *a posteriori* ai dritti in suo vantaggio stabiliti, le disposizioni che vietano di rinunciare o a una prescrizione non compita o ad una successione non aperta, sono eccezioni derivate da motivi di ordine pubblico. Per la compensazione non vi è alcuna eccezione di tal fatta nè poteva esservene, perciocchè ella esclusivamente siasi introdotta per ragioni d' interesse puramente privato. Così la pensa Zachariae (11, p. 413); e la sola deci-

sione che ci sia nota sulla quistione l'ha così giudicato in un caso in cui la rinunzia era puramente tacita (1).

1294 (1248).—Il fideiussore può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al debitore principale : ma il debitore principale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore debbe al fideiussore.

E similmente il debitore solidale non può opporre la compensazione di ciò che il creditore dee al suo condebitore.

SOMMARIO

I. L'articolo è mal compilato.—Il debito del creditore verso il suo debitore principale opera la compensazione e libera quindi il fideiussore. Il debito del creditore verso il fideiussore opera la compensazione, quando il fideiussore è divenuto debitore dopo essersi discusso il principale debitore.

II. Essendo l'obbligazione in solido, la legge riguarda come realmente debitore del tutto quello degli obbligati da cui il creditore vuol esser pagato.

III. Ma la compensazione avverrà sempre in vantaggio di qualunque debitore in solido per la parte del condebitore contro cui non si agisce.

IV. Il fideiussore obbligatosi in solido deve riguardarsi, quanto alla compensazione, non come fideiussore, ma come condebitore in solido. Errore di Toullier e di Duranton.

I. — 834. In quest'articolo si applica semplicemente la regola , che non può farsi la compensazione che per le obbligazioni di persone che sono realmente debitrici le une delle altre ; ciò abbisogna di maggiore sviluppo.

Essendo un debito garentito da un fideiussore, l'obbligato principale è il solo contro cui vi sia immediatamente un debito certo ; la obbligazione del fideiussore è condizionale, poichè egli è obbligato a pagare il debito, allorquando si agisce invano contro il principale debitore. Pertanto se il creditore che nello stesso tempo è debitore del principale obbligato, agisce contro il fideiussore; questi può dirgli: « il vostro credito si è estinto di pieno dritto compensandosi con ciò che voi stesso dovevate al vostro debitore; il quale non è più vostro debitore , nè io fideiussore ». Il nostro articolo nel dire che il fideiussore può *opporre la compensazione* di quel che è dovuto al debitore, non intende che il fideiussore può far valere la compensazione, ma che può invocare e far comprovare la compensazione operata di pieno dritto. Quando invece si agisce contro il principale obbligato, e il creditore è debitore del fideiussore , il principale obbligato non può parlare di compensazione operatasi tra il suo creditore e il suo fideiussore, dappoichè egli, non quello, è il debitore del creditore. Ciò vuol dire il nostro secondo paragrafo nel quale non rettamente si sono usate le parole *opporre la compensazione*. Invece di dire che il compenso potrebbe essere opposto in un caso e non in un altro, bisognava dire che il compenso *ha luogo* in un caso, e *non ha luogo* in un altro.

835. Se poi il creditore che è debitore del fideiussore, dopo avere inutilmente agito contro l'obbligato principale, persegue il fideiussore, questi potrà ancor dirgli che bisogna far compensazione ; perchè non pagando il debitore principale si è compita la condizione per la quale egli dovea esser debitore del creditore , ed in conseguenza i due debiti reciproci si sono compensati. E quando il debito è estinto in tal modo per compensazione, per l'azione diretta contro il fideiussore, il principal debitore è liberato verso il creditore, e questi che è stato pagato per la com-

(1) Bordeaux, 7 marzo 1831 (Dev., t. del 1831, II, 250).

pensazione che si è fatta dal fideiussore, non potrebbe tornare ad agire contro il debitore ; il creditore essendo allora pagato, non vi è più azione oltre quella del fideiussore contro il debitore di cui è stato pagato il debito. Pertanto, dichiarando il secondo paragrafo del nostro articolo che il debitore non può opporre la compensazione (cioè non può pretendere che si effettui una compensazione) per ciò che il creditore doveva al fideiussore, intende parlare del solo caso in cui, prima che contro il fideiussore, si agisce contro il debitore principale, e non già del caso in cui, fatto inefficace esperimento contro il debitore, il fideiussore perseguito alla sua volta sarebbe divenuto debitore ed avrebbe procurato una compensazione, in onta alla quale il creditore vorrebbe proceder nuovamente contro il debitore già liberato verso di lui.

In breve, il debito del creditore verso il debitore principale necessariamente e sempre dà luogo alla compensazione ; al contrario, il debito di lui verso il fideiussore vi dà luogo solo quando il fideiussore è realmente divenuto debitore, riuscita inefficace l'azione diretta contro il principale obbligato. Ma fattasi la compensazione, non importa il come , possono bene allegarla tutti quelli che erano obbligati al debito, avvegnachè, questo estinto, fossero tutti liberati.

836. Si noti che se il creditore, debitore del fideiussore, agisse contro costui prima che contro il principale obbligato, non potrebbe farsi la compensazione *legale*, perchè allora il fideiussore non è tenuto a pagare, potendo far discutere i beni del debitore (art. 2021 (1893)), e quindi non si è compita la condizione , per cui doveva essere debitore ; e se il fideiussore, anzichè il beneficio della discussione, opponesse la compensazione di ciò che il creditore deve a se stesso, allora potrebbe farsi la compensazione *facultativa*, la quale si opera non di pieno dritto, ma per la domanda del fideiussore, e sarebbero esatti i termini usati dal nostro articolo *opporre la compensazione*.

Parimente essendovi più fideiussori di cui uno sia creditore del creditore, se contro costui si agisse per l'intero, ed egli, anzichè allegare il beneficio della divisione , (art. 2026 (1898)) volesse opporre la compensazione, sarebbe anche questa facultativa.

Del resto, siccome la compensazione facultativa produce i medesimi effetti della legale, così quella che in tal modo si opponesse dal fideiussore o da uno dei fideiussori , libererebbe tutti gli obbligati.

II.—837. L'ultimo paragrafo del nostro articolo, che non era nel progetto e fu aggiunto a domanda del Tribunato (Fenet, XIII, p. 162); sembrava poco conforme ai principî. Esso dichiara , sempre nei termini impropri da noi già notati, che essendo la obbligazione in solido, non basta, acciocchè si compie la compensazione, che il creditore sia debitore verso uno dei coobbligati. Senza dubbio, se il creditore agisce contro quello dei debitori in solido ch'è suo debitore, allora si farà la compensazione, e quindi saran liberati tutti i condebitori; ma non se ne farà se si rivolge contro qualunquo altro dei debitori. Così la compensazione non si opera immediatamente per essere uno dei condebitori in solido creditore del creditore , ma soltanto per l'azione sperimentata contro il condebitore creditore.

838. Questa regola sembrava, come dicemmo, poco conforme ai principî. Infatti in questa materia è principio fondamentale, che la compensazione avvenga di pieno dritto, quando essendo i debiti fungibili fra loro, liquidi, e di presente esigibili, il creditore dell'uno sia realmente debitoro dell'altro. Or nella obbligazione in solido, ciascuno dei coobbligati è debitoro principale , e quindi sembra che la compensazione avrebbe dovuto compiersi per ciò solo che uno dei coobbligati, non importa chi , fosse creditore del creditore. Ma la legge dispone altrimenti , e riprodotta qui la regola, che Pothier avea creduto di trovare nel dritto romano (n. 274), dichiara che a farsi la compensazione non basti quella circostanza. La teoria del Co-

dice si può presentare in questo modo (senza immergerci nei testi romani che non dan luce alla quistione): Nella obbligazione in solido ciascuno obbligato è debitore personale e principale per lo intero debito, cioè che il creditore potrà domandar l'intero a quello dei debitori che vorrà. In somma l'intero non dev'essere pagato *da ciascuno* dei debitori, ma da *un solo* di essi; sceglierà il creditore quello da cui voglia esser pagato. Così il debito solidale, quello in cui l'intero è dovuto *da ciascuno* dei varî obbligati, potrebbe più esattamente definirsi quello in cui l'intero è dovuto *da quello* degli obbligati, *a cui sarà richiesto dal creditore*. Posto ciò, finchè il creditore non agisce contro alcuno dei coobbligati, s'ignora quale fra loro sarà debitore verso il creditore; e quindi non può farsi compensazione legale tra il debito in solido, e il debito verso uno dei coobbligati. Quando il creditore indica con la sua domanda l'obbligato da cui vuol ripetere l'intero (almeno per ora, e salvo un mutamento secondo l'art. 1204 (1157)); allora delle due cose l'una: o l'obbligato ch'è stato indicato è appunto quello di cui è debitore il creditore, e in tal caso si fa la compensazione, ovvero è un altro, e allora non si fa la compensazione secondo il nostro articolo, perchè il debitore personale del debito in solido, non è quello a cui deve il creditore.

Sarebbe stato meglio rigettare cotesta sottile teoria, ammettendo che vi sia compensazione quando uno dei condebitori in solido è creditore del creditore; ma *statuit lex*.

III. — 839. La legge non ammette la compensazione in vantaggio di un debitore in solido contro cui agisce il creditore, per ciò che è dovuto da quest'ultimo al condebitore; ma da ciò dee forse inferirsi che la compensazione nemmeno avvenga per la parte e porzione del condebitore-creditore nel debito, ovvero che la disposizione del nostro articolo abbia voluto rigettare la compensazione dell'intero debito? Essendo Pietro, Paolo e Filippo debitori in solido di 9,000 franchi verso di Tizio, che ne deve altrettanti a Pietro; Paolo, se Tizio agisce contro di lui, potrà opporre che la compensazione che non può farsi per l'intero debito, si faccia almeno per il terzo, che Pietro deve in ogni caso sostenere, cotal che il debito è solo di 6,000 franchi?

Si è dubitato (e la ragion del dubbio ha tolto che Zachariae (II, 268) rispondesse del sì) perchè il principio su cui fondasi il nostro terzo paragrafo, si applica tanto alla compensazione della parte del condebitore-creditore, quanto alla compensazione dell'intero, e sembra che debba rigettarsi tanto l'una che l'altra. Riguardando la legge come propriamente e direttamente debitore del creditore quello degli obbligati contro cui quest'ultimo agisce, ne segue, nella nostra specie, che Paolo è il solo debitore di Tizio, che Pietro certo e in qualunque ipotesi è debitore del suo terzo nel debito rispetto ai suoi condebitori e non rispetto al creditore, il quale non ha voluto agire contro di lui; Paolo contro di cui si agisce è solo tenuto dell'intero verso Tizio, e quindi la compensazione per ciò che ad altri è dovuto, non può farsi per l'intero e per qual si sia porzione. Ma sebbene il principio potesse abbracciare questa parziale compensazione, la legge secondo noi non lo ha voluto; non bastando la conseguenza che il testo cava dal principio che non pone, per inferire altra conseguenza più remota, più rigorosa, e che nei fatti incontra un ostacolo che per la prima non esiste. Infatti Paolo nella specie nostra obbligato di pagare lo intero, compresi i 3,000 franchi che son la parte di Pietro, avendoli già pagato, ed essendo quindi divenuto creditore dell'ugual somma verso il suo condebitore, potrebbe sequestrare tal somma presso di Tizio, che è debitore di quello, di maniera che Tizio la riceverebbe da una mano, e poi la riconsegnerebbe. Dippiù Pothier medesimo, benchè prima censuri la dottrina di Domat, il quale ammetteva la compensazione per la parte del condebitore-creditore, riconobbe alla fine (*loc. cit.*) doversi cotesta dottrina segui-

re. In vero, qualunque regola contraria farebbe nascere un inutile circolo di azione, per la forza medesima delle cose, e perchè ciascuno dei coobbligati innanzi di essere debitore *in solido*, è *debitore;* innanzi di dovere l'intero per effetto della domanda del creditore, deve necessariamente la sua porzione; e la compensazione di tal parte deve quindi compiersi *ab initio* e prima che il creditore faccai alcuna domanda.

Pertanto non crediamo potersi ammettere nel *silenzio* dei compilatori una regola che alla fine verrebbe meno in faccia ai fatti, e che il medesimo Pothier combattutafa in teoria fu costretto ammettere nella pratica. Generalmente si adotta la nostra soluzione (1).

IV.—840. Se i vari coobbligati, debitore principale e fideiussore, si sono obbligati tutti in solido, si applicheranno le regole stanziate per la fideiussione o quelle molto diverse della solidarietà.

Toullier (VII, 376, nota) e Duranton (XII, 423) insegnano che l'obbligato in tal caso deve sempre riguardarsi come debitore principale o fideiussore, ma non mai come debitore in solido; la loro dottrina sembra essere stata confermata da una decisione di Tolosa del 14 ag. 1818.

Cotesta dottrina ci sembra erronea. Gli obbligati son debitori nei loro rapporti *fra loro*, e non rispetto al creditore per cui son debitori in solido; è dichiarato dallo artic. 1216 (1169) che « se il debito in solido riguarda uno dei coobbligati, questi è tenuto dello intero *rispetto a' condebitori* i quali saran riguardati rispetto a lui come fideiussori »; nello art. 2021 (1893) leggesi che quando il fideiussore si è obbligato in solido « lo effetto del suo impegno vien regolato dai *principi stabiliti pei debiti in solido* ». Non si dica pertanto, come fanno Toullier e Duranton, che il fideiussore, il quale si sia obbligato in solido, cessa di esser fideiussore.

Nò; egli lo è sempre *rispetto al coobbligato*, ma non lo è per divenire condebitore in solido *rispetto al creditore*, ciò è detto positivamente nei testi, e dove tacessero sarebbe evidente, poichè il fideiussore *si obbliga in solido* rispetto al creditore. Or la quistione della compensazione non è fra i coobbligati, ma fra il debitore e il creditore.

1295 (1249). — Il debitore che puramente e semplicemente ha accettato la cessione che il creditore ha fatto de' suoi diritti ad un terzo, non può più opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente prima della accettazione.

La cessione non accettata dal debitore, ma che gli fu notificata, non impedisce la compensazione, fuorchè de' crediti posteriori alla notificazione.*

841. Abbiamo avuto il destro di dire che la cessione di un credito è perfetta quando è accettata dal debitore in un atto autentico o gli è notificata (articolo 1690 (1536)). Del resto, o il debitore l'abbia accettato o solamente gli sia stata notificata, la cessione impedirà sempre per lo innanzi qualunque compensazione fra il credito ceduto e quelli che il debitore potrebbe acquistare contro il cedente, dappoichè questi, per la cessione, ha perduto la qualità di creditore che appartiene ormai al cessionario. Il credito ceduto potrebbe unicamente compensarsi con quelli che egli avrebbe contro il cessionario.

Quanto ai crediti che il debitore aveva

(1) Toullier (VI, 733); Delvincourt (II, note); Duranton (XII-130); Rig., 24 dic. 1834 (Dev., 1835, I, 141).

* Il debitore ceduto può bene opporre la compensazione al cessionario del debito suo con un credito che vanta verso il cedente, quando non abbia accettata la cessione. E trattandosi di compenso di avvocato da liquidarsi, ad impedire la compensazione non vale opporre la regola di non darsi compensazione se non tra due crediti egualmente liquidi ed esigibili. C. S. di Napoli, 7 dicembre 1852.

contro il suo creditore prima della cessione che questi ha fatto del suo, e che riuniscono, si suppone, tutte le condizioni richieste per la compensazione legale, certamente che questa si è compita di pieno dritto; quindi il credito ceduto non esisteva più quando si cedeva; e il cessionario in conseguenza non ha acquistato in principio alcun dritto contro un individuo che era stato, ma che non era più debitore. Pure questo principio non sempre si applica, e qui incomincia la spiegazione del nostro articolo.

842. Se il trasporto si è fatto soltanto con una notificazione al debitore, il principio conserva tutta la sua forza, e il trasporto vieta solo qualunque compensazione ulteriore senza modificare l'effetto di quella compiutasi prima. Ciò vien dichiarato dal nostro secondo paragrafo. Sarebbe pure lo stesso, se il debitore accettasse il trasporto con protesta e riserba, dichiarando che egli pretende estinto o riguarda come estinguibile il credito ceduto.

Ma se accetta il trasporto senza alcuna osservazione puramente e semplicemente, la legge ritiene che abbia per ciò rinunziato al beneficio della compensazione già effettuatasi, e permette quindi al cessionario di agire contro di lui come se quella non fosse stata. Il qual dritto del cessionario ci sembra doversi ammettere nel caso stesso in cui il debitore non avesse riconosciuto il suo credito contro il cedente; dacchè poteva facilmente fare riserbe per ogni caso, e il Tribunato nel proporre la nostra disposizione (che non era nel progetto) ha dichiarato in modo assoluto che per la sua stessa accettazione il debitore si riputava rinunziare ad ogni specie di compensazione di ciò di cui il cedente poteva a lui essere debitore (Fenet, XII, p. 163). È questa la universale dottrina (1).

843. Ma il cessionario potrebbe soltanto agire contro il debitore personalmente, non potendo valersi delle fideiussioni, privilegi ed ipoteche che garentivano il credito ceduto. Imperocchè, il debitore ha potuto rinunciare alla sua propria liberazione, ma non al beneficio acquistato, colla estinzione del debito, ai suoi fideiussori, ai suoi creditori, ec.: il credito che ottiene allora il cessionario è eguale all'antico, ma non è l'antico (poichè è estinto); ma il debitore ha potuto obbligare sè, non i terzi. Ciò, come abbiam di sopra veduto, è deciso per un caso analogo, dagli art. 1262, 1263 (1215, 1216).

1296 (1250). — Quando i due debiti non sieno pagabili nello stesso luogo, non si può opporre la compensazione altrimenti che beneficando le spese di trasporto al luogo ove deesi fare il pagamento.

844. Se io vi debbo 5,000 fr. pagabili a Bordeaux, e voi altrettanti pagabili a Parigi, i due debiti si compenseranno di pieno dritto, come se fossero tutti e due pagabili in uno stesso luogo; ma perchè tutte le cose sieno perfettamente uguali, e il doppio pagamento che fittizio allora avviene, sia così efficace come i due pagamenti reali, quella delle parti che acquista all'altra un vantaggio maggiore di quello acquistato per se, può domandare all'altra la differenza. Pertanto, se il corso del cambio di Parigi sopra Bordeaux, è del 2 per 100, e quello di Bordeaux sopra Parigi dell'1 per 100, voi mi dovrete pagare 50 franchi.—Infatti, perchè tornino a Parigi da Bordeaux i 5 mila franchi che avrei dovuto quivi rimettervi (se voi avreste dovuto pagarmi 2 per 100, cioè 100 franchi, dove io, per far tornare a Bordeaux la somma che mi avreste pagato a Parigi, avrei pagato l'un per cento, cioè 50 franchi.—Dunque la compensazione ne ha fatto risparmiare, a me 50, a voi 100 franchi; quindi voi dovreste consegnarmene 50 perchè le cose fossero nel medesimo stato, che se da una parte e dall'altra si fosse fatto un pagamento reale. Ma questo lieve calcolo a farsi dopo

(1) Delvincourt (t. II), Duranton (XIII, p. 436); Zachariae (II, p. 419).

la compensazione non toglie, che ella si operi di pieno dritto; e Delvincourt e Toullier (n. 400) incorrono in errore, insegnando che la compensazione fosse allora facultativa, ed avvenisse solo, dacchè fosse *opposta* con offerta del necessario sconto. La legge, come abbiamo osservato, non si occupa in nessun luogo della compensazione facultativa.

Senza fallo, la dottrina, e con ragione, distingue la compensazione legale e facoltativa; ma il *testo* del Codice si è occupato solo della prima; non accennando nella nostra sezione a due classi di compensazione, e parlando solo dell'una che si *opera di pieno dritto per la sola forza della legge, e ad insaputa dei debitori* (art. 1290 (1244)). Le parole *opporre la compensazione* adunque, nel nostro e in tutti quelli articoli ove sono usate, importano, *invocare* la compensazione operata di pieno dritto, giovarsene. Ne avremo qualche prova nel seguente articolo e massime nell'art. 1299 (1153).

1297 (1251). — Quando la medesima persona abbia più debiti da poter compensare, si osservano per la compensazione le stesse regole che si sono stabilite per l'imputazione nell'articolo 1256 (1209).

845. Essendo la compensazione un pagamento per ciascuna delle parti, le si debbano applicare le regole intorno alla imputazione; e siccome la compensazione legale si opera di pieno dritto, e senza la volontà delle parti, così non possono invocarsi qui le regole indicate dagl'articoli 1253, 1255 (1206, 1208) per la imputazione espressamente fatta dal debitore o dal creditore, e si applicheranno sempre e di necessità quelle poste dall'art. 1256 (1209) quando nulla si è detto nella quittanza. Perciò siamo qui rimandati all'articolo 1256 (1209) il che proverebbe che nella nostra sezione, e specialmente nel precedente articolo si tratta della compensazione legale.

1298 (1252).—La compensazione non ha luogo a pregiudizio de'diritti acquistati da un terzo. Quegli perciò che, essendo debitore, è divenuto creditore dopo il sequestro fatto presso di se a favore di un terzo, non può opporre la compensazione in pregiudizio di chi ottenne il sequestro.*

846. Essendo la compensazione un pagamento che fa la legge pei due debitori, non può compiersi nei varî casi in cui non potrebbe darsi luogo al pagamento ordinario. Così, non potendo più pagare il debitore che ha ricevuto un sequestro (articolo 1242 (1195)), ne seguita che il debito non si compensi col credito che il debitore potrebbe dappoi acquistare. Così pure, poichè il compratore di un immobile ipotecato, non può soddisfare il prezzo al creditore, dovendo conservarlo pei creditari ipotecarî, non potrebbe nemmeno pretendere che il prezzo da lui dovuto si compensasse coi crediti che potesse avere contro di quello. In costesta regola viene applicata l'altra più generale, che possono compensarsi due debiti, ognuno dei quali sia al presente *esigibile*, cioè in tal condizione che il creditore potrebbe immediatamente costringere il debitore al pagamento. Ma nei due esempî sopraccitati non si può costringere il debitore.

1299 (1253).—Colui che ha pagato un debito che per legge era estinto in virtù della compensazione; volendo sperimentare il credito di cui non ha opposto la com-

* È illegale la compensazione dei frutti con gl'interessi, ordinata a pregiudizio de' diritti acquistati dagli altri creditori. C. S. di Napoli 1 giugno 1847.

pensazione, non può in pregiudizio de'terzi prevalersi de'privilegi e delle ipoteche che vi erano annesse; purchè non abbia avuto un giusto motivo di ignorare il credito che avrebbe dovuto compensare il suo debito.

SOMMARIO

I. Prova di un errore di Toullier notato di sopra. — Si sviluppa il principio dell'articolo, e la eccezione che vi fa.

II. La regola e la eccezione si applicherebbero parimente a quello che invece di pagare il debito compensato, ne avrebbe accettato la cessione.

I.—847. Basterebbe quest'articolo a provare che colle espressioni *opporre la compensazione* il Codice abbia inteso *invocare, far valere* la compensazione *legalmente compita*, dappoichè esso parla di un debitore che non ha *opposto la compensazione* per un debito *estinto di pieno dritto*. Con questo articolo solo si confuterebbe la dottrina contraria di Toullier, di Delvincourt, intorno all'art. 1296 (1250).

Il debitore che, invece di giovarsi della compensazione compita, paga il suo debito estinto, come se ancora esistesse, ha pagato un indebito, o quindi può ripeterlo giusta i termini dell'art. 1235 (1188). Lo può, quand'anche avesse pagato, conoscendo di non dovere, e senza alcun errore, come noi lo abbiamo già dimostrato sotto l'art. 1235 (1188) (n. III, § 3), in cui osservammo che l'art. 1377 (1331) (il quale consente poter solo ripetere colui che ha per errore pagato) parla solo di quello che ha pagato un debito che realmente esiste, ma che non era il suo; mentre l'articolo 1276 (1230) (il quale parla del caso in cui il debito pagato non esistesse, come nella specie nostra) consente che si possa ripetere assolutamente, senza alcuna condizione di errore di colui che paga.

848. Quando il debitore il quale ha pagato a colui che fu suo creditore, un debito estinto colla compensazione del credito che avea contro di lui, agisce dappoi contro costui, egli non pretende questo credito, come potrebbe credersi secondo i termini poco esatti del nostro articolo, sibbene un credito novello, che risulta dal pagamento indovuto, siccome fu da noi visto, e riconosciuto dall'oratore del Governo nell'esposizione dei motivi. Invero l'antico credito del debitore si è estinto come, ed insieme col suo debito, essendosi compensato l'uno coll'altro. È ben naturale quindi non potersi più invocare i privilegi, le ipoteche, le fideiussioni, o tutte le altre garenzie che proteggevano il credito, e che insieme con esso si sono estinte. Pur non di meno la legge fa ricevere tali garenzie in vantaggio del novello credito, e permette che se ne giovassero, come se il primitivo credito sussistesse sempre, quando colui che ha pagato non ha domandato la compensazione per una scusabile ignoranza del credito suo, ad esempio, se il credito derivasse da un testamento conosciutosi dopo fatto il pagamento.—Di certo egli dee provare la ignoranza e la sua legittimità, cose che valuteranno i magistrati. — Bigot Preameneu nello spiegare il nostro articolo avanti il Corpo legislativo ha formalmente dichiarato che il debitore creditore non può giovarsi più dei privilegi o delle ipoteche, perchè « operandosi di pieno dritto, la compensazione ed estinguendo la obbligazione, GLI ACCESSORI di questa altresì si annullano » (Fenet, tom. XIII, p. 285). Basta questo principio a provare che il già detto nell'articolo intorno ai privilegi e alle ipoteche estendesi a tutti gli altri accessori, e finalmente alla fideiussione.

II.—849. La regola e la eccezione del nostro articolo per il debitore-creditore, il quale ha *pagato* il debito estinto per compensazione del suo credito, si applicheranno ugualmente a colui che invece di pagare il debito, ne avrebbe accettato puramente e semplicemente la cessione.

Così se dovendo io 1,000 franchi a Pietro che me ne deve altrettanti, accetto puramente la cessione che del suo credito egli fa a Paolo, e consente di pagare al cessionario di Pietro i 1,000 franchi a costui da me dovuti, quest'ultimo sarà costretto a sua volta di pagare i 1,000 fr. di cui egli era liberato verso di me, come io verso di lui. Se accettando la cessione di un credito estinto fatta da Pietro, io mi obbligo a pagare una egual somma al suo cessionario (art. 1285 (1249)), Pietro nel fare e propormi di accettare la cessione di un credito estinto si obbligò altresì a pagarmi una somma eguale al debito che aveva verso di me, e che si era estinto per compensazione pel credito oggi ceduto. Pure essendo i 1,000 franchi da lui dovutimi un credito eguale all'antico, ma non l'antico, ne segue che io non avrò più le garenzie che l'antico proteggevano.

850. Ma alla regola bisogna fare per questo caso perfettamente analogo, l'eccezione indicata dall'articolo. Se io avessi una giusta causa di ignorare il mio credito, e la compensazione che ha prodotto; se per esempio, il mio credito (ipotecato, mallevato, ec.) derivasse dalla eredità di un parente di cui per la lontananza io ignorava la morte nel punto di accettare la cessione fatta a Paolo, io non dovrò per questo esser privato del dritto di esercitare le garenzie annesse al mio credito, come non sarei per il pagamento che avrei potuto fare: la benigna eccezione che il nostro articolo attribuisce allo errore ragionevole per il pagamento, si farà anche necessariamente e *a fortiori* per l'accettazione della cessione. Infatti, per la rinunzia alla compensazione che si potrebbe invocare contro un debito, il pagamento sarebbe la cosa più energica; invece l'accettazione anche pura e semplice che un debitore fa della cessione del suo creditore, potrebbe intendersi in questo modo: « Consento nè più nè meno di essere rispetto al cessionario nella condizione in cui ero rispetto al cedente, e quindi non rinunzio ad alcuno dei dritti che contro costui posso avere ». Dunque per la disposizione forse troppo severa dell'articolo 1295 (1249) l'accettazione del debitore produce i medesimi ma non maggiori effetti del pagamento.

2. Della compensazione facoltativa.

851. La compensazione facoltativa è quella la quale non potendo avvenire di pieno dritto perchè manca una delle quattro condizioni richieste; si compie per la domanda di uno dei debitori, dappoichè è in facoltà di costui lo effettuarsi quella delle condizioni che prima mancava.

Così 1° se io vi debbo 1,000 franchi puramente e semplicemente, e voi me ne dovrete altrettanti ma con un termine stipulato in mio favore, i nostri due debiti non possono compensarsi di pieno dritto, poichè uno di essi non è esigibile, e voi non potreste costringermi al pagamento; ma se poichè mi domandate il pagamento io dichiaro di rinunziare al beneficio del termine, la compensazione non avrà più impedimenti. 2° Se voi dovete a me quel cavallo determinato, ed io a voi un cavallo, non può farsi compensazione legale, non essendo gli oggetti dei due debiti esattamente *fungibili*, nè potendo esser costretto a custodire il cavallo che vi devo in luogo del cavallo determinato da voi dovuto; ma se quando voi agite contro di me io dichiaro di volervi rilasciare il cavallo da voi dovuto, i due debiti saranno immediatamente compensati; sarà il medesimo come se avesse realmente ricevuto il cavallo da voi dovuto e poi rilasciato. 3° Se essendo vostro creditore di 2,000 franchi, ho mallevato un debito di altrettanta somma di Pietro verso di voi, e voi agite prima contro di me, che contro il debitore principale, non può farsi compensazione legale, non essendo fino adesso *debitori l'uno dell'altro* (art. 1294 (1248, n. 1), ma se anzichè respingere la vostra azione, io vi rispondo con dichiarare che voglio pagarvi abbandonando quel che voi

dovete a me, i due debiti ben si compenseranno. 4° Se infine io son debitore a voi di una somma di 10,000 franchi, e voi a me di una che dovrà essere determinata da una stima facile a farsi o da un conto che può prontamente regolarsi, non vi sarebbe compensazione di pieno dritto, essendo non *liquido* uno dei debiti; ma se quando voi agite contro di me, io domando dal tribunale un breve termine perchè immediatamente si renda liquido il mio credito, e possa liberarmi per compensazione, questo termine dovrà essermi accordato, e la compensazione si farà poi fino alla concorrenza del minore dei due debiti (se non sono eguali). « Quando la lite, si è detto nel consiglio di Stato, si presenterà nelle circostanze proposte (per crediti facili a liquidarsi), il giudice secondo equità accorderà un termine per il pagamento, dando al debitore il tempo di far rendere liquido il credito e compiere la compensazione » (Fenet, tom. XIII, pagina 89).

852. La dimanda di compensazione proposta da un convenuto *affin di respingere* o *attenuare le conclusioni dello attore* dicesi alle volte *domanda riconvenzionale* o *di riconvenzione*.

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE

853. La confusione, riguardata come causa onde estinguesi l'obbligazione, si è la riunione nella medesima persona di due qualità incompatibili fra loro, e per cui rendesi impossibile l' obbligazione. Le due qualità che concorrendo in uno estinguono le obbligazioni, ordinariamente sono quelle del creditore e del debitore. Vedremo però qui sotto non esser sempre così, ed in conseguenza troppo ristretta essere la definizione datane dall'art. 1300 (1254) e da Duranton (XII, n. 467) e Zachariae (II, p. 419), cioè estinzione dell'obbligazione col concorso delle qualità del *debitore e del creditore*.

1300 (1254).—Quando le qualità di creditore e di debitore si riuniscono nella stessa persona, succede una confusione di diritto, che estingue i due crediti.*

854. Cotesta definizione della confusione non può essere più falsa, e converrebbe meglio alla compensazione. La confusione non estingue due crediti, bensì un solo credito e un debito, per la riunione delle qualità del creditore e del debitore di una sola e medesima obbligazione.

Questa falsa idea del nostro articolo è stata qualche volta riprodotta dalla giurisprudenza, o particolarmente da una decisione della Corte di cassazione. Trattavasi di una vendita stata annullata; ed il venditore, debitore della porzione del prezzo che egli aveva ricevuto, trovandosi reciprocamente creditore del prezzo di oggetti venduti e distrutti dal compratore, avea proposto ricorso in cassazione contro la decisione di (Rouen) che si era negata a compensare i due debiti. La Corte, « attesochè essendo il venditore debitore

* La confusione ha luogo quando son certe nella stessa persona le qualità di debitore e di creditoro, e non già l'una certa e l'altra incerta. Corte suprema di Napoli, 1 settembre 1849.

— Estiata la enfiteusi con la confusione del dominio diretto e dell'utile nella stessa persona, non può risorgere sol perchè si faccia la espropriazione a carico del domino pieno con la detrazione de' canoni a favore del primo domino diretto. C. S. di Napoli, 25 sett. 1851.

— La confusione nel senso dell'art. 1254 leggi civili si opera quando si riuniscono nella medesima persona le qualità di creditore e debitore in un modo assoluto, e non accidentalmente ed in tempo e con circostanze le quali punto non impediscono la coesistenza di entrambe le qualità. C. S. di Napoli. 17 febbr. 1852.

del prezzo, e creditore del valore degli effetti tolti, eravi *confusione nella sua persona* sino alla concorrenza », cassò la decisione di Rouen per aver violato il nostro articolo 1300 (1254) (1). Era quello un caso non di confusione, ma di compensazione, e si doveva annullare per aver violato le regole della compensazione.

Dovea dir dunque il nostro articolo, e senza dubbio lo volle dire: una confusione che estingue (in una sola e medesima obbligazione) *i due diritti* attivi e passivi. Modificata in tal guisa sarebbe esatta la proposizione del nostro articolo (essendo incontrastabile che concorrendo le qualità del creditore e del debitore si estingue la obbligazione per confusione); ma benchè esatta, la proposizione sarebbe sempre una non buona definizione. Come l'abbiam detto e diremo, si può estinguere l'obbligazione, benchè le due qualità che in uno concorrono non sieno di debitore e creditore.

1301 (1255). — La confusione, che ha luogo nella persona del debitor principale, giova ai suoi fideiussori; quella che succede in persona del fideiussore, non estingue l'obbligazione principale; quella che ha luogo nella persona del creditore, non giova a'suoi condebitori solidali, se non per la porzione di cui egli era debitore.

SOMMARIO

I. L'articolo mal redatto; non si ha riguardo a colui in cui avviene la confusione

II. La confusione estingue solo i dritti che rende assolutamente impossibili. Applicazione del principio.

III. È troppo stretta la definizione che di ordinario si dà della confusione.

IV. La confusione può revocarsi; ma non sempre la revoca è efficace contro i terzi.

I.—855. Le tre regole stabilite da questo, articolo di cui l'ultima è stata espressa nell'art. 1209 (1162) e al suo luogo spiegata, sono concepite in un modo troppo ristretto. Importa poco infatti in persona di cui si faccia la confusione, purchè si conosca quali sono le due qualità che si confondono... La confusione di due qualità incompatibili, quelle, per esempio, del creditore e del debitore, può avvenire o in persona del creditore che (come erede, legatario od altrimenti) succede al debitore, o in quella del debitore che succede al creditore; o finalmente in persona di un terzo che ad un tempo succede al creditore e al debitore. Or in qualunque persona si operi la confusione, l'effetto ne sarà sempre lo stesso.

Invece di dire che « *la confusione che si opera nella* PERSONA *del debitore principale vantaggia il fideiussore* », dovea parlarsi *della confusione che si opera col concorso delle qualità di creditore e di debitore principale*, fatta astrazione della persona in cui la confusione si avvera. Ugualmente si dirà delle altre due regole del nostro articolo; e appunto perchè la persona in cui si fa la confusione è indifferente, il nostro paragrafo parla d'una confusione operata nella persona *del creditore*, nel caso in cui, secondo il suo sistema, dovea dire nella persona del *condebitore*, poichè aggiunge « non avvantaggia i suoi *condebitori* per la porzione *di cui egli era* DEBITORE ». Tant'è; non dobbiamo badare alla persona in cui confondonsi le due qualità, ma solo alle qualità.

II. — 856. Gli effetti della confusione son sempre facili a determinarsi, perchè risultano dalla forza stessa delle cose: si raccerta un fatto e non si spiega un punto di dritto. Il concorso di questa con quell'altra qualità estinguerà necessariamente

(1) Cassaz., 13 maggio 1833 (Dev., 33, 1, 668).

e solo tutti i dritti che non possono più oltre assolutamente esistere. Così nella obbligazione con fideiussione, allorchè le due qualità di creditore e di principale debitore concorrono nella medesima persona, il debito principale si estingue (non potendosi esser debitore a se stesso); è anche chiaro che il debito principale estinguendosi, si estingnerà anche l' obbligazione accessoria del fideiussore. Se in vece si confondono le qualità del creditore e del fideiussore, se estinguesi per ciò la fideiussione (non potendo mallevare a se stesso il proprio credito) non si estinguerà il debito principale che sussisterà sempre non mallevato, o mallevato solo da altri (se più fideiussori vi sieno).—Se si confonde la qualità di fideiussore con quella di debitore principale, senza dubbio si estinguerà anche la fideiussione (non potendosi mallevare il proprio debito, come non si può il proprio credito, ma sussisteranno sempre le altre varie garenzie date dal debitore o dal fideiussore); le ipoteche p. e. che ciascuno degli obbligati avrebbe consentito, perchè potrebbero ben mantenersi. —Se si riuniscono insieme l'una e l'altra qualità di fideiussore, come se due, di quattro che garentivano il debito ciascuno per un quarto, succedono l'uno all'altro ovvero abbiano un terzo per unico successore, non vi sarà confusione, ma semplicemente una sovrapposizione di due qualità di cui l'una non distrugge l'altra; per modo che in vece di quattro fideiussori risponsabili ciascuno per un quarto, ve ne saranno tre di cui uno risponderà per metà; non essendo impossibile che la stessa persona garentisca un debito per un primo e per un secondo quarto insieme.

857. Quanto al debito in solido, abbiamo spiegato sotto l'art. 1209 (1162) quali effetti generi la confusione della qualità di creditore con quella di condebitore. — Se le due persone, di cui una succede all'altra, o che abbiano un medesimo successore, fossero due condebitori in solido, non essendo impossibile che uno stesso obbligato sostenga rispetto ai suoi coobbligati due parti del debito, non vi sarà confusione rispetto ai condebitori, e quello che ne rappresenta due sarà tenuto a ciò che i due dovrebbero (così se fossero tre, sarà tenuto a due terzi, e l'altro ad un terzo soltanto come prima); ma rispetto al creditore, essendo impossibile che si debba due volte l'intero della medesima cosa, vi sarà confusione, cioè verrà meno uno dei debitori in solido. Così, se il creditore avesse due debitori in solido, ne avrebbe un solo, cotalchè svanirebbe la solidarietà. Duranton dice male « la confusione nulla operare in tal caso » (XI, 222).

Se fosse in solido il credito anzichè il debito, il principio sopra espresso farebbe di leggieri sciogliere i varî casi che potrebbero presentarsi. Così confondendosi la qualità di concreditore in solido e quello di debitore, si estinguerà solo il credito e il debito per la parte del creditore: come se uno dei tre creditori in solido di 900 franchi succede al debitore (o questi succede a quello, o tutti e due abbiano unico successore) vi sarà un solo debitore di 600 franchi (invece di 900 franchi), e due creditori in solido della medesima somma (e non tre).—Se le due qualità che concorrono sono l'una e l' altra di creditore (se due di tre creditori succedano l' uno all'altro, o abbiano unico successore) la confusione farà che il debitore ha due e non tre creditori in solido, essendo impossibile che una medesima persona abbia dritto due volte all'intero di una medesima cosa, ma pei concreditori fra loro non vi è confusione: uno di loro ha dritto a due terzi, come i due creditori da lui rappresentati, non essendo incompatibile che si abbia dritto ad uno e ad un altro terzo, quindi i due dritti si sovrappongono e non si distruggono l'uno coll'altro.

858. Del resto, la obbligazione estinguesi per confusione nei limiti in cui concorrono le due qualità incompatibili. Per esempio, se il debitore diventa erede del creditore per una metà, la obbligazione di lui si estingue per metà, rimanendo debitore dell'altra metà verso quello o quelli a cui passa l'altra parte della eredità del creditore defunto. In tutti i casi in cui la

confusione sarà in parte, in parte produrrà gli effetti sopra cennati. — E nemmeno si dirà, che onde avvenga la confusione delle due qualità del defunto e dell'erede, questi debba essere puro e semplice, dacchè per l'accettazione col beneficio i patrimoni si distinguono, e lo erede non rappresenta il defunto (art. 802 (719)).

III.—859. Il fin qui detto, quanto al concorso delle due qualità di *debitore principale* e di *fideiussore*, fa ben conoscere come sia ristretta la definizione che il più degli scrittori han dato della confusione. In fatti, nel caso soprariferito, l'obbligazione si estingue per confusione, cioè concorrendo in uno due qualità incompatibili che si distruggano a vicenda. Questo caso non è compreso nella definizione, che porge la confusione come il concorso delle due qualità di *debitore* e di *creditore*, dunque è troppo stretta.

IV.—860. Annullatasi la confusione che si era fatta, ne vengono meno gli effetti prodotti. Per modo di esempio, se lo erede fa annullare la sua accettazione perchè estorta da violenze, egli, in dritto, non è stato mai erede, e quindi sarà come non avvenuta la confusione che avrebbe potuto avvenire nella sua persona. I crediti di lui contro il defunto, e di questi contro di lui sussisteranno, quali erano prima della accettazione, coi privilegi, ipoteche, fideiussioni o altre garenzie.

861. La confusione può anche venir meno per semplice convenzione, senza vi sia alcun legale motivo onde annullarsi la causa onde ella era nata. Così l'erede che ha fatto una valida e regolare accettazione può vendere la eredità ad un terzo; il quale investito dei dritti ereditari in luogo del venditore, vedrà estinguersi i dritti attivi e passivi verso la eredità, mentre quelli del venditore rinasceranno in pro o contro di lui tenendosi per non estinti; lo erede sarà tenuto verso il compratore a tutto ciò che da lui si doveva al defunto, e il compratore verso il venditore a tutto ciò di cui gli era debitore il defunto. Ma la revocazione avvenuta per semplice convenzione, non avrà il medesimo effetto di quel la avvenuta per esser legalmente nulla la causa d'onde era sorta la confusione. Senza dubbio, sarà pienamente efficace fra contraenti, ma non potrà far risorgere in danno dei terzi le fideiussioni, ipoteche ed altri dritti che debitamente eransi estinti. La volontà di un solo non può vincolare i terzi, e l'erede per suo capriccio non può far sì che l'accettazione valida sia tenuta per nulla anche a danno dei terzi, e a fin di distruggere il beneficio che era ad essi venuto (Duranton XII, 847).

SEZIONE VI.

DELLA PERDITA DELLA COSA DOVUTA (E DEI VARÎ CASI IN CUI E' IMPOSSIBILE LO ADEMPIMENTO DELLA OBBLIGAZIONE).

862. Sotto l'articolo 1234 (1187) osservammo che il Codice presenta in modo troppo ristretto questa novella causa onde le obbligazioni si estinguono, e che avrebbe dovuto parlare non solo della *perdita della cosa dovuta*, ma in generale dello *avvenimento che renda impossibile il compiersi dell'obbligazione*. Infatti NESSUNO È TENUTO ALLO IMPOSSIBILE: verità da proverbio; or se impossibile mi riesce il consegnarvi il mobile consunto da un incendio, mi riesce del pari impossibile il farvi quella scrittura che vi ho promessa, se per un accidente io perda il braccio o la vista.

Pertanto sotto l'art. 1234 (1187) abbiamo censurato la divisione fatta da Toullier (VII, n. 2, 6), e Duranton (XII, n. 2) intorno alla materia della estinzione, nella quale divisione essi trattano soltanto *della perdita della cosa*. Toullier fa ammenda di cotesta omissione nella nostra sezione VI con una rubrica che abbraccia tutti i casi in cui non può eseguirsi la obbligazione, spiegando (n. 446) estinguersi sempre la obbligazione « quando per un avvenimento non imputabile al debitore, riesce impossibile lo adempimento della obbligazione ». Ma Duranton che ha

scritto dopo, spiegando la sezione, parla solo della *perdita della cosa dovuta* (n. 488-511).

1302 (1256).—Quando una certa e determinata cosa, che formava l'oggetto della obbligazione, venga a perire, o sia posta fuori di commercio, o si perda in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa sia perita o perduta senza colpa del debitore e prima che egli sia in mora.

Quando anche il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore, ove gli fosse stata consegnata.

Il debitore è tenuto a provare il caso fortuito che allega.

In qualunque modo sia perita o siasi smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha rubata dalla restituzione del valore.

1303 (1257).—Allorchè la cosa è perita, o posta fuori di commercio, o perduta senza colpa del debitore, è questi tenuto a cedere al suo creditore i diritti e le azioni d'indennità, che sulla medesima potrebbe avere.

SOMMARIO

I. Impossibilità di consegnare l'oggetto determinato che si deve. Sviluppo dell'art. 1302 (1256). — Censura della dottrina di Duranton e Zachariae intorno alla regola che si riferisce al ladro.— L'art. 1303 (1257) è inutile.

II. Le regole degli art. 1302, 1303 (1256, 1257) si applicano anche al debito alternativo di due oggetti che periscono l'uno e l'altro, e altresì al debito di una cosa indeterminata da prendersi in una classe che perisce interamente.

III. È impossibile adempiere l'obbligazione che non consiste nella consegna di una cosa.

IV. Quando estinguendosi una obbligazione sussiste la correlativa.

I. — **863.** Essendomi obbligato a consegnarvi il tal cavallo che poi muore, ovvero quella casa che poi vien consumata da un incendio, o quel pezzo di terra che mi è stato tolto per cagion di utilità pubblica, o quella raccolta di curiosi uccelli che sono andati via senza ch'io nulla più ne sapessi, in breve, quando una mia obbligazione riguardi una cosa individualmente determinata, che io non posso più affatto consegnarvi per un sopravvenuto avvenimento, estinguesi la obbligazione per la forza stessa delle cose, non dovendosi pur riguardare se lo avvenimento possa o no a me imputarsi. Ma se lo avvenimento per cui non può più adempiersi la obbligazione, sia a me non imputabile, io sarò pienamente e semplicemente liberato; se mi è imputabile, il debito di corpo certo si muterà in debito di danni interessi. Pertanto, ove il nostro articolo dichiara estinta l'obbligazione, se la impossibilità della consegna del corpo certo derivi da colpa del debitore, intende parlare dell'estinzione pura e semplice che libera assolutamente. — Del resto, acciocchè l'avvenimento che renda impossibile lo adempimento si imputi al debitore, basta, che provenga per fatto di lui, come più volte abbiam detto, e come specialmente vien provato dall'articolo 1245 (1198).

Così, il debitore di una cosa individualmente determinata, è pienamente e assolutamente liberato se egli non può rilasciarla senza nè sua colpa nè suo fatto. Dovrà il debitore provare che l'oggetto è stato distrutto, perduto o posto fuori commercio; se poi il creditore allegasse che la perdita sia provenuta per colpa o fatto del debitore, dovrebbe egli provarlo.

864. La mora costituisce una colpa imputabile al debitore. Pure essa non toglie che la obbligazione resti assolutamente estinta (cioè senza danni interessi), se non quando abbia recato danno al creditore.

Quindi il debitore, presso cui la cosa sia perita per accidente, essendo in mora di consegnarla, ove potrà provare che la perdita sarebbe anche avvenuta presso il creditore, se gliene avesse fatto il rilascio al tempo stabilito, non sarà tenuto a danni-interessi.

865. È inutile il dire che il principio della estinzione assoluta e senza danni-interessi della obbligazione per la perdita (non imputabile) della cosa, si derogherebbe per una speciale circostanza menzionata nel secondo paragrafo dell' art. 1302 (1256) e per cui si modificherebbe del pari la regola del paragrafo primo. Parliamo del caso in cui il debitore del corpo certo si assoggetta con una speciale convenzione alle conseguenze dei casi che potrebbero sopraggiungere. Di certo, quando il debitore, derogando al principio dell'art. 1138 (1092), ha voluto correre i pericoli della cosa, i casi fortuiti, dovrà pagare al creditore il valore di essa in qualunque modo sia perita.

866. È sorta controversia per l' ultimo paragrafo dell'art. 1302 (1256), il quale dichiara che, ove si debba per cagion di furto un corpo certo, il ladro è tenuto sempre al prezzo della cosa, per qualunque siesi ragione egli non possa più restituirla. Siffatta disposizione toglie certamente che il ladro si possa liberare, benchè provi che la cosa sia perita senza colpa sua (cosa ben giusta, avvegnachè un ladro fosse sempre in mora di restituire la cosa, e il fatto del suo possesso fosse una continua colpa) : ma gli si toglierebbe pure il dritto di liberarsi, ove provasse che la cosa sarebbe perita presso il proprietario, come presso di lui? Toullier (VII, 468) risponde del sì : ma non assegna ragione alcuna. Per l'opposito Duranton (XII. 506) e Zachariae (II, pag. 422, n. 6) dicono del no, per quel principio fondamentale del nostro dritto francese, che nessuno debba mai arricchirsi ai danni altrui.

Cotesta ultima sentenza ci sembra erronea . e crediamo che il legislatore abbia voluto privare il ladro dei beneficî portati dal secondo paragrafo non che dal primo del nostro articolo.

Ciò esce dal contesto del Codice, e dal seguente ordine d'idee; dacchè si pone la regola che si rapporta al ladro alla fine dell'articolo, non dopo il primo paragrafo, il che naturalmente fa riferire a tutto il precedente le parole, ***in qualunque siesi modo la cosa sia perita***, dando loro il più largo significato. Tale interpretazione, tanto naturale secondo la grammatica, vien suggellata dalla storia; dappoichè il nostro articolo nei suoi quattro paragrafi riassume le regole nel medesimo ordine sviluppate da Pothier (art. III), il quale spiegava non dover qui discutere se la cosa sarebbe anche perita presso il creditore rispetto a quelli che l'hanno rubata. Infatti, non v'era ragione perchè il Codice abbandonasse la dottrina di Pothier, dappoichè il principio di non doversi arricchire a danno altrui, esagerato da Duranton in favore del ladro, riman del tutto salvo per il dubbio evento che si corre nelle circostanze. Essendo rubato posso ben non iscovrire il ladro, e non riavere più la mia cosa, di cui quegli si avvantaggerà. E qual ingiustizia sarebbe che il ladro corresse il rischio di pagarmi la cosa, quand'anche fosse dovuta perire presso di me, e che io potessi guadagnare potendo anco perdere? Se si badi che gli eventi sono più favorevoli a lui che a me, che egli solo ha fatto sorgere la nostra reciproca condizione, per un delitto e forse per un misfatto, non potremmo certamente meravigliarci della regola, per la quale il ladro a cagion del furto si espone ai casi fortuiti, come qualunque altro creditore potrebbe essere con una speciale convenzione, siccome di sopra abbiamo veduto.

867. L'art. 1303 (1257) non ha alcun senso nel Codice, e certo per poca riflessione i compilatori lo copiarono da Pothier in seguito delle precedenti disposizioni. Già tempo, quando chi si obbligava a trasferire un corpo certo, ne restava proprietario fino alla consegna, le azioni di ristoro o le altre (che potevan nascere per la perdita della cosa avvenuta prima della consegna) appartenevano al debitore proprietario, il

quale non potendo consegnare la cosa, doveva almeno trasferire al creditore le sue azioni in luogo di quella. Per grazia di esempio, se il cavallo dovutomi da Pietro fosse stato morto per cattiveria del suo vicino, ovvero se il terreno, che facea parte dell'obbligazione, fosse stato ceduto per ragione di pubblica utilità, Pietro era obbligato a cedermi l'azione dei danni-interessi, contro il vicino o lo Stato. Ma oggi che il creditore diventa proprietario per lo effetto stesso della convenzione, e innanzi la consegna (art. 1138 (1092)), i dritti, crediti ed azioni, che possono nascere, perchè la cosa sia perita, o fuori commercio, spettano al creditore, nè gli possono essere dal debitore ceduti.—Del resto, il novello principio del Codice dà maggiore evidenza alla soluzione di Pothier intorno alla quistione se, perita la cosa principale, fosse ancora dovuto l'accessorio. Così, se Pietro mi è debitore di quel cavallo tutto bardato, morto questo, mi si deve secondo Pothier, la bardatura (non che la pelle istessa). Egli fa con ragione osservare che la legge 2 del Dig. *de Pecul. leg.* e *l.* 49 *de Legat.* 2; le quali quanto ai leguti stabiliscono una regola diversa, non possono essere opposte a tal decisione; avvegnachè ridotto a nulla il principale oggetto del legato nella ipotesi di quelle leggi, innanzi che venisse il giorno del legato (cioè vivendo il testatore), il legato non può effettuarsi, in guisa che lo erede non diviene debitore dell'oggetto legato; mentre essendovi una convenzione, l'obbligazione che è perfetta *ab initio* deve eseguirsi per tutto quel che rimane della cosa dovuta. Oggi che fatta appena la convenzione, il creditore diventa *proprietario* del cavallo bardato, la soluzione è anche più facile; egli ha dritto di pretendere la pelle e la bardatura; perchè son cose sue: *meum est quod ex re mea superest.* Non si comprende come Demante (II, 772) abbia potuto elevare questo punto a quistione.

II.—868. Le regole giù spiegate si applicherebbero altresì per un oggetto non determinato. ma che faccia parte di un numero o di quantità determinate che periscono del tutto. Se voi mi siete debitore di uno dei vostri quattro cavalli bianchi, i quali tutti periscono; ovvero di cinquanta ettolitri di frumento ricolto in quel podere il quale si è bruciato; ovvero venti ari di terra in quel terreno che vi è stato tolto per aprirsi un canale; l'oggetto della vostra obbligazione è fuori commercio, come se il cavallo, il frumento o i venti ari di terra fossero stati scelti e determinati in *individuo.* Gli è così in un debito alternativo di cui ambidue gli oggetti sono posti fuori commercio.

Pure le sopraccennate regole debbono qui applicarsi per una eccezione che risulta da ciò che, non essendo l'oggetto determinato *in ipso individuo*, il creditore non è divenuto proprietario: allora non al creditore appartengono le azioni che possono esistere riguardo alla cosa, di modo che la cessione di azioni che non potrebbe farsi quando l'oggetto è determinato (al qual caso mal si applica dal testo) si applicherà nel caso di cui trattiamo e di cui la legge non parla. Così, se al debitore è stato tolto dallo Stato tutto il terreno di cui vi era dovuta una porzione di venti ari, ovveramente l'ettare del bosco e della casa, di cui alternativamente doveva a voi l'uno o l'altro, il ristoro dovuto dallo Stato non potrà domandarsi da voi (non essendo proprietario dei beni tolti dallo Stato) ma solo dal debitore (che poi ne terrà ragione) tranne che non ceda a voi l'azione che a lui appartiene.—Altronde, se le diverse parti del terreno non han tutte lo stesso valore, o se il ristoro dovuto per l'ettare del bosco non è uguale a quello della casa, il debitore potrà dare soltanto il valore minore, tranne che non spetti al creditore la scelta del debito alternativo o dei venti ari.

In tutti gli altri casi di cose indeterminate, l'obbligazione non potrà mai estinguersi per la perdita della cosa. Infatti, se voi mi siete debitore in generale di un *cavallo*, non essendo il tale o tale altro, la obbligazione potrà sempre eseguirsi, dacchè invece dei vostri cavalli che possono tutti morire, ne potrete sempre comprare un

altro e rilasciarmelo: *genera non pereunt*.

III. — 869. Se la obbligazione ha per oggetto non una cosa ma un fatto, potrà sorgere insormontabile ostacolo al fatto non meno che al rilascio della cosa, e il debitore di conseguenza tanto nell'uno che nell'altro non sarà a nulla tenuto. Se debbo fare per voi quel viaggio in Inghilterra, e ne sono impedito dalla mia malattia ovvero dalla guerra che si è dichiarata fra l'Inghilterra e la Francia, per cui sono interrotte le comunicazioni, la mia obbligazione vien meno; ma se la esecuzione non può più farsi per colpa mia, se lo impedimento è sopravvenuto dopo il tempo in cui avrei potuto e dovuto fare il viaggio, sarò tenuto ai danni ed interessi.— Non si comprende che possa non adempiersi la obbligazione di non fare. Pure se mai avvenisse, se il debitore fosse costretto da violenza a fare ciò che avea promesso non fare, si applicberebbe sempre il nostro principio, e non pagherebbe il debitore danni-interessi per essergli stato realmente impossibile lo adempimento della obbligazione. Per altro si comprende, che se la cosa potesse ben distruggersi, il debitore ciò dovrebbe faro appena riavuta la sua libertà.

IV.—870. L'art. 1138 (1082) in rispetto ad un corpo certo dice, cho estintasi una obbligazione per essere stato impossibile il suo adempimento, si estingue del pari la corrispettiva obbligazione. Se io vi era debitore di quel cavallo, e voi reciprocamente di 600 franchi, perito il cavallo senza mia colpa nè fatto, voi mi dovrete sempre i 600 franchi, sebbene voi non possiate nulla pretendere da me. È questa oggi la semplice applicazione di quel principio, che la perdita della cosa deve sempre sostenersi dal suo proprietario; *res perit domino*, e così decidevasi prima del Codice, quando il creditore non diveniva proprietario per lo effetto della convenzione di dare; e ciò era perchè il creditore che aveva per se gli eventi favorevoli del miglioramento ed aumento di valore, doveva anche soffrire quelli contrari del deterioramento e della perdita; e quindi la obbligazione del creditore doveva tenersi come indipendente dalla sorte della reciproca obbligazione.

Ma non potrebbe esser così del debito correlativo alla obbligazione di fare. Se la obbligazione vostra di andare per me in quel paese, o di fare il mio ritratto non può più eseguirsi e perciò si estingue, si estinguerà del pari la mia obbligazione reciproca di pagarvi 200 franchi, non potendo qui entrare nè la idea nuova di un dritto di proprietà che esista per me, nè l'antica degli eventi reciproci a cui sia esposto. Se voi vi obbligate a rilasciarmi la tal cosa determinata, ben si comprende che da parte mia un debito immediatamente assoluto ed irrevocabilmente sia il prezzo del *ius ad rem* che (a prescindere del novello principio di proprietà) io acquisto sulla cosa; *ius ad rem*, che diverrà poi ciò cho potrà, e per cui io sosterrò tutti gli eventi che risultano dalla forza delle cose. Ma se voi vi obbligate semplicemente ad adempiere un fatto, noi intendiamo che io vi debba il prezzo del fatto compiuto, non della vostra promessa di compierlo, salvo gl'impedimenti che possano sorgere; la mia promessa è condizionale per l'indole stessa delle cose, vi pagherò se voi fate per me la tal cosa.

SEZIONE VII.

DELL'AZIONE DI NULLITA' O DI RESCISSIONE DELLE CONVENZIONI

I.—871. Abbiamo già detto doversi accuratamente distinguere l'atto rigorosamente nullo, cioè che legalmente non esiste, da quello che è nullo nel senso improprio della parola, cioè soggetto ad una causa per cui può annullarsi; in altri termini l'atto *nullo* dall'atto *che può annullarsi*. La nostra sezione si occupa solo

delle obbligazioni che possono annullarsi, e non di quelle propriamente nulle e inesistenti. La qual cosa esce chiara non solo da tutti insieme i testi della sezione, ove si tratta dei casi di violenza, errore, dolo, incapacità e lesione (nei quali casi il contratto esiste e genera i suoi effetti, salvo l'annullamento cui va soggetto); ma anche *a priori* dal disegno dell' oggetto del capitolo, e della sezione, nella quale si tratta dell' ultima causa onde le obbligazioni si *estinguono;* non si può estinguere se non ciò che esiste: il nulla non può annullarsi. Adunque nella nostra sezione discorresi dei casi in cui la obbligazione si annulla con la sentenza del magistrato.

Cotesta verità così chiara per se, fu lucidamente annunciata nel rapporto al Tribunato : « Acciocchè una convenzione sia obbligatoria, vi fu detto, non basta che sia in apparenza una convenzione, ma è mestieri che lo sia *realmente*. Una causa illecita guasterebbe tanto la convenzione, che per volgere di tempo non potrebbe rendersi valida: *non vi è stato contratto*. Se la convenzione non avesse oggetto (lecito) non potrebbe mai avvenire che in alcun tempo generi obbligazione : *non sarebbe nemmeno un contratto*.—Gli incapaci di contrarre non possono esser costretti ad adempiere i loro impegni , avendo la facoltà *di farli annullare*. Ma se rinunziano a tal facoltà, ovvero se non la esercitino nelle forme e nei termini della legge, *la obbligazione deve essere compiuta*. Infine non vi è valido consenso se dato per errore, estorto da violenza, o sorpreso per dolo. Ma chi pretende essere stato ingannato , costretto o sorpreso deve farne la pruova: la è una eccezione di cui deve usare, e non usandone, l'*obbligazione resta in tutto il suo vigore*.—L'azione di nullità o di rescissione adunque si applica ai casi in cui la convenzione può produrre una azione » (Fenet, XIII, p. 368, 369).

II. — 872. Un tempo distinguevansi due specie di azioni che miravano a fare annullare ; l' una *di nullità* e l'altra di *rescissione*. La prima, che avea per causa la contravvenzione alle regole del dritto positivo, si sperimentava direttamente innanzi ai tribunali, e prescrivevasi in trenta anni; quella di rescissione o di restituzione (ad un di presso l'antica *restitutio in integrum* dei Romani), che avea per causa la contravvenzione ai principi dell'equità (errore, dolo, violenza, lesione) poteva esser solo esercitata dalla parte che aveva già ottenuto decreti alla cancelleria reale , e si prescriveva in dieci anni. Oggidì, checchè ne dica Toullier (che ha intorno a ciò idee molto inesatte), coteste due azioni si riuniscono e confondono in una sola, la quale per qualunque causa derivi, si esercita sempre ugualmente e va soggetta alla medesima prescrizione, mirando allo stesso fine, che è quello di annullare la obbligazione. Così dichiarano gli articoli 1110 , 1116 (1064, 1070) che l'errore , la violenza e il dolo, che un tempo eran cause di *rescissione*, lo sono oggi di *nullità* ; e poi l'art. 1117 (1071) vien ripetendo che l' errore , la violenza , il dolo dan luogo *all'azione di nullità* o *di rescissione* ; e la nostra sezione dichiara di occuparsi non della *azione di nullità* E *dell'azione di rescissione*, non DELLE AZIONI *di nullità e di rescissione*, ma DELL'AZIONE (unica) *di nullità* o *di rescissione*.

III. — 873. Le spiegazioni di Toullier, come abbiam detto, sono molto inesatte; senza tutte notarle ne diremo una che è la più importante e più strana.

Secondo Toullier (VII, 521) il quale si appoggia sul testo dell'art. 1117 (1071), l'azione di nullità sarebbe quella per cui *si accerta* la inesistenza dell'obbligazione, nulla di *pieno dritto e che non si è mai formata*, massime se vi sia incapacità; e l' azione di rescissione quella per cui si *distrugge* una obbligazione *produttiva di effetto*. Ma in primo luogo, come mai Toullier può far dire all'articolo 1117 (1071) che l'azione di nullità riguarda l'obbligazione nulla di pieno dritto e si distingue dalla rescissione, mentre al contrario l'azione per la obbligazione nulla di pieno dritto è in quell'articolo opposta all'*azione* di NULLITÀ *o di rescissione ?* — Come dire che la incapacità sia una causa

di inesistenza della obbligazione, e l'errore, il dolo o la violenza rendano efficaci le obbligazioni fino a che si annullino, egli, Toullier, il quale ha detto il contrario nei nn. 298, 299 ove presenta la obbligazione degli incapaci come produttiva di effetto, e quella ove siavi stato errore, violenza o dolo, come assolutamente inefficace?

Altronde Toullier, dopo dichiarate come *inesistenti* e del tutto inefficaci, ora le obbligazioni degli *incapaci* in contrapposto a quelle in cui v'è errore o violenza, ora *queste ultime* in contrapposto alle prime, più innanzi (n. 551) dichiarerà non esistere affatto *nè le une nè l'altre* in contrapposto agli atti che possono semplicemente risolversi! Coteste tre contraddittorie dottrine, oltrechè sono espresse in termini poco intelligibili (qualificando nel numero 521 la nullità per la *visibilità* del vizio, e la rescissione per la *incisibilità* di esso, il quale benchè sia radicale e tolga che si formi realmente il contratto, non impedisce, essendo invisibile, che si formi apparentemente e produca l'effetto *come se fosse reale*) coteste dottrine diciamo, sono tutte erronee. Nè la obbligazione dell'incapace, nè quella tratta per errore, violenza o dolo sono mai nulle propriamente, inesistenti; elle esistono e sono efficaci fino a che non si annullino per l'azione diretta contro di esse, e restano inoppugnabili scorso il termine accordato (art. 1034 (989)).

Or l'azione che può dirigersi contro siffatte azioni (e che una volta chiamavasi azione di nullità ove vi fossero incapaci, di rescissione ove si trattasse di errore, violenza o dolo) chiamasi sotto il Codice civile indistintamente or dell'uno or dell'altro nome.

IV.—874. Però, nel caso speciale della lesione, la legge non dice mai *nullità*, ma esclusivamente *rescissione* o *restituzione*, (art. 1305, 1306, 1313, ec.(1259, 1260, 1267)). Sebbene il legislatore non stimi molto importante siffatta distinzione, poichè confonde altrove la rescissione con la nullità, non è incomodo, anzi è forse utile l'adoperare distintamente il nome di *nullità* per il caso in cui l'atto ha in se stesso il vizio, e quello di *rescissione* per il caso in cui l'atto, perfettamente regolare, può essere impugnato perchè reca pregiudizio a colui che se ne duole.

1304 (1258).—L'azione per annullare o per rescindere un contratto dura dieci anni in tutti i casi ne' quali non sia stata ristretta a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore *o* di dolo se non dal giorno in cui sono stati scoperti; e riguardo agli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, se non dal giorno dello scioglimento del matrimonio.

Relativamente agli atti fatti dagli interdetti, il tempo non decorre se non dal giorno in cui è tolta l'interdizione: e riguardo a quelli de' minori, non corre se non dal giorno della maggior età.*

* Massime della C. S. di Napoli:

—Non è lecito al magistrato di elevare di uffizio mezzi di nullità di contratti. 14 dic. 1822.

— Ove compete azione di esecuzione e di rescissione contro un contratto, scelta l'una vien poi negata l'altra. 30 nov. 1841.

— L'azione di nullità o rescissione d'una convenzione può proporsi nel termine di anni dieci, giusta l'art. 1258 leggi civili; ma questo termine rimane sospeso per la minore età dell' erede del contraente. 26 gennaro 1847.

— La prescrizione dell'azione di rescissione contra la divisione fatta con atto tra vivi dal padre tra i suoi figli, comincia a decorrere dal giorno dell'apertura della successione, e non già da quello dell'atto. 23 dic. 1848.

— La vendita de' beni immobili fatta dal tutore senza la osservanza delle formalità volute dalla legge, non può essere impugnata dal minore dopo il decorrimento di dieci anni computabili dal giorno in cui pervenne alla maggiore età. 23 giugno 1849.

— La prescrizione decennale per annullare o rescindere un contratto è applicabile per le azioni solamente, e non già pur anche per le eccezioni. 17 luglio 1849.

— La disposizione dell'art. 1258 leggi civili che limita ad un decennio l'azione per annullare o rescindere un contratto, è applicabile ai soli con-

SOMMARIO

I. Il termine dell'azione di nullità è stabilito al massimo *di dieci anni.*

II. Quando incomincia il termine, specialmente per le divisioni degli ascendenti : errore del maggior numero degli scrittori. — Le sospensioni di prescrizioni si applicano a questo termine: si dissente da Toullier e Duranton.

III. Il termine vale tanto per l'azione, che per l'eccezione; non esiste più la regola Quae temporalia: *censura della dottrina contraria degli scrittori.*

IV. La prescrizione di dieci anni può soltanto opporsi per le convenzioni che possono annullarsi. *Non si applica alle convenzioni* nulle *(massime a quelle che riguardano una eredità futura : errore di Toullier, Duvergier e Zachariae); nè a quelle che* possono *soltanto* risolversi : *inesattezza di Toullier.*

I.—875. Potendo annullarsi gli atti che realmente esistono, ma con qualche vizio, (poichè non si può distruggere ciò che non è), e potendo essi ratificarsi, la legge ha scorto una tacita ratifica nel silenzio troppo prolungato di coloro che hanno interesse a farli rescindere, e ha ristretto quindi in giusti confini il termine in cui potrebbero annullarsi.

Di più questo termine, che nel dritto antico protraevasi spesso a trent'anni, fu ridotto al massimo di dieci anni, a cui neppur sempre giungerà. Così non può domandarsi l'annullamento per lesione se non entro due anni nel caso dell'art. 1676 (1522) e dentro tre mesi nel caso dell'articolo 1854 (1726). Ma il termine sarà di 10 anni quando non sarà altrimenti disposto con una regola speciale.

II.—876. Il termine consentito per impugnare un atto incomincia a correre, in principio, dal giorno in cui l'atto esiste, tranne che la parte non provi averlo conosciuto più tardi; ma la medesima ragione imponeva altre eccezioni che sono infatti indicate dai paragrafi secondo e terzo del nostro articolo. Così quando l'azione ha per base un vizio del consenso, il termine deve certamente correre dal giorno in cui il vizio è cessato; se ha per base la incapacità della persona, dal giorno in cui questa è divenuta capace. Fino a quel punto non si è potuto agire: *contra non valentem agere, non currit praescriptio.*

Il termine pertanto incomincerà a correre, essendovi stata violenza, dal giorno in cui sarà cessata; essendovi stato errore o dolo, dal giorno in cui saranno conosciuti; per un interdetto, dal giorno in cui sarà tolta la interdizione; per colui che è soggetto a un consulente giudiziario, dal giorno in cui cesserà il divieto di procedere senza di quello; per il minore, dal giorno in cui sarà maggiore; per la donna maritata, dallo scioglimento del matrimonio.

Ma che decidere se il marito o i suoi eredi avessero interesse a chiedere lo annullamento dell'atto consentito dalla moglie senza autorizzazione (art.225 (214), n. IV)?

Toullier ed altri sentenziano, che anche in tal caso il termine correrà dal giorno dello scioglimento, ma noi non potremmo accostarci alla loro opinione. Il termine corre dal giorno stesso dell'atto, gli è questo il principio; e le eccezioni per la violenza, l'errore, o il dolo e la incapacità, si fanno per la persona costretta da violenza, ingannata, o incapace. Ma il ma-

traenti, e non già a' terzi, i quali, ignoranti del contratto, non possono agire che quando per loro sorge un interesse. 6 giugno 1850.

— Non merita censura la decisione che ritenga in fatto di *non essersi* dimandata la risoluzione di un contratto. 5 febbraro 1852.

— Il determinare se l'attore abbia inteso promuovere azione di restituzione *in integrum* o di nullità dei contratti per mancanza di solenni, come giudizio di fatto, è sottratta ad ogni censura. 26 febbraro 1852.

— L'azione diretta a far dichiarare pignoratizio un contratto di compra-vendita col patto della rivendita e con la locazione per tutto il tempo stabilito per la ricompra, rimane prescritta col decorrimento degli anni dieci dalla legge stabiliti per tutte le azioni di nullità e di rescissione. 12 luglio 1855.

rito, non essendo incapace la eccezione non è per lui. Infatti la legge è stata spiegata in questo senso, tanto nella disposizione dei motivi che nel rapporto al Tribunato (Fenet, tom. XIII, p. 287, 288, 371). Il termine quindi correrà contro il marito o dal giorno dell'atto, o dal giorno in cui lo avrà conosciuto, se egli prova che ciò sia stato più tardi.

877. Per il principio contra *non valentem agere* si è fatta un'altra eccezione, per la quale si sono scisse le due camere della Corte suprema, ma che oggi sembra definita. Comincia a correre giusta l'art. 1304 (1258) il termine in cui le divisioni di ascendenti fatte per donazioni fra vivi possono essere impugnate, o in rescissione per lesione o in riduzione per vantaggio eccessivo?—Parecchie decisioni, massime una della camera dei ricorsi del 4 feb. 1845 (Dev., 45, 1, 305) han giudicato che tanto per la rescissione che per la riduzione, il termine corra dal giorno dell'atto.—Molte altre decisioni, e il maggior numero degli scrittori distinguendo fra le due azioni, ammettevano che il termine cominciasse a correre dal giorno dell'atto per la domanda di rescissione, e dal giorno della morte per quella della riduzione. Se egli è vero, dicevasi, che il solo esame della divisione e dei beni divisi facesse conoscere se le parti sieno o no molto ineguali, e se vi sia oppur no per uno dei figli lesione di oltre un quarto, per cui potrebbe intentarsi l'azione per lesione, gli è pur vero che la quota disponibile non può determinarsi se non se alla morte, avuto riguardo alla quantità dei beni lasciati, al numero dei figli che allora esistono alle disposizioni posteriori che abbia potuto fare l'ascendente. Pertanto dal giorno della morte si comincia a prescrivere l'azione che avrebbe per base un vantaggio maggiore oltre il disponibile fatto ad uno dei figli (1).—Ma la giurisprudenza della Corte suprema ha finalmente respinto quella distinzione, dando come punto di partenza all'azione di rescissione la morte dell'ascendente (2).

Infatti i figli nessun dritto hanno sopra i beni, quando fra loro si fa l'atto qualificato di divisione fra vivi, avvegnachè non fossero per anche eredi, potendo solo divenirlo più innanzi. L'atto è per ora una pura liberalità, ma non una vera divisione, come appresso potrà divenire. Or come mai un figlio potrebbe dolersi di ricever troppo poco, quando quel che riceve gli è dato a puro dono? Come mai pretenderebbe egli di aver ricevuto meno di ciò a cui aveva dritto, a nulla avendo diritto? Si potrà solo parlare di lesione quando egli, acquistato il titolo di erede, avrà dritto ad una parte del patrimonio. Ora egli non solo non è erede; ma s'ignora se lo sarà, potendo morire senza prole prima del donante, o rinunziare la sua eredità.

878. È molto controverso se la prescrizione del nostro articolo possa venire sospesa giusta gli articoli 2251 (2156) e seguenti.

Toullier (n. 615); e Duranton (n. 548); dicono del no, fondandosi soprattutto in ciò che l'art. 1304 (1258) ha ristretto appunto per tutti i casi, ad un tempo ragionevole, non più di dieci anni la durata già di molto lunga dell'azione di nullità: quindi il termine di dieci anni deve riguardarsi come invariabile, qualunque si fossero le circostanze; e a ciò si contravverrebbe ammettendo le sospensioni che potrebbero far durare l'azione trenta o quarant' anni o anche più, potendo succedersi più

(1) Duranton (IX-646 e 647). R. de Villargues (*Rep.* alla parola *Divis. d'ascendente*, n. 129); Vazeille (*Prescr.*, II-563); Zachariae (II, p. 444); Rig., 12 luglio 1836; Tolosa, 15 maggio 1838; Nimes, 12 luglio 1842; Bordeaux, 23 dic. 1845; Douai, 24 gennaro 1846 (Dev., 36, 1, 534; 39, 2, 50; 42, 2, 465; 46, 2, 241).

(2) Solone (*Nullità*, II-490); Genty (*Divis. d'ascendente*, p. 253-265); Rig., 30 giugno 1847; Cassaz., 2 agosto 1848; Cassaz., 16 luglio 1849; Bordeaux, 30 luglio 1849; Parigi, 8 aprile 1850; Orléans, 17 genn. 1851; Rig., 18 febbr. 1851 (Dev., 47, 1, 481; 49, 1, 258; 622; 50; 2, 37, 305; 51, 1, 340, 2, 426).—Delle quattro sopraccitate decisioni della Corte suprema, le due prime son presentate dal raccoglitore, come se respingessero la dottrina contraria solo per l'azione di *riduzione*, non per quella di *rescissione*. È un errore di cui si può ben convincersi per la seconda, colla sola lettura del testo, e per la prima, ravvicinando al testo le conclusioni dello avvocato generale.

minori o interdetti. Questa ragione, per quanto grave ella sia, non è per noi decisiva. Il Codice volle restringere di molto l'antica durata dell'azione, dacchè le cause che potranno oramai sospendere il corso *di dieci anni*, già tempo, sospendevano pure il corso di *trent'anni*. Il termine adunque, checchè se ne dica, è tre volte meno dell' antico; ma è sempre una prescrizione. E non avendo il Codice fatto una eccezione per la prescrizione decennale al principio generale delle sospensioni, come faceva negli art.1663 e 1673 (1509, 1519), sarebbe il medesimo che fare una legge se si dichiarino non applicabili le sospensioni (1).

III. — 879. Dal maggior numero degli scrittori si insegna, il nostro articolo restringendo a dieci anni la durata dell'azione, non restringere per ciò al medesimo termine la eccezione (2). Se ho contratto una qualsivoglia obbligazione per violenza, nei dieci anni che corrono da che quella è cessata, potrò intentare l' azione affinchè si annulli la obbligazione. Ma se al contrario il mio creditore intentasse contro di me una azione affinchè io adempissi alla mia obbligazione, io potrò sempre, in qualunque tempo quella sia intentata (dopo venti trentacinque o quaranta anni, perchè la prescrizione del credito sarebbe stata sospesa per minor età o interdizione) giovarmi del vizio della violenza; e lo annullamento chiesto per eccezione, cioè come mezzo di difesa contro l'azione, dovrebbe sempre dichiararsi dal magistrato. Si applica così la famosa massima ***quae temporalia sunt ad agendum***, ***perpetua sunt ad excipiendum***: ciò che è a tempo per l'azione, è perenne per l' eccezione.

Ma cotesta massima che in Roma era esattissima, e si fondava in parecchie leggi del digesto (massime nella legge 5ª paragrafo 6, *de Doli mali except.*); è essa vera anche oggidì ed ha il suo fondamento nei testi del Codice? Noi francamente risponderemo del no, come ha fatto Duranton (XII-549), e diremo tal regola dimostrarsi falsa con le disposizioni qui spiegate.

Quando un convenuto, affin di respingere un'azione, fa una domanda (che dicesi perciò *riconvenzionale*), egli diviene *attore: reus excipiendo fit* ACTOR. Or di leggieri si comprende che la rubrica della nostra sezione, siccome il nostro art.1304 (1258) e l'art. 1234 (1187) intendono per *l'azione* di nullità dimandata giudiziariamente, qualunque domanda, o principale o riconvenzionale, per annullarsi una obbligazione. Ciò è chiaro; dacchè la nullità proposta con dimanda reconvenzionale non sarebbe fra le cause che possano estinguere le obbligazioni, se non fosse compresa in questi testi al pari della nullità proposta con domanda principale!

Da una parte, il Codice dopo aver parlato del pagamento, della compensazione, ec., ammette ***l' azione di nullità*** come ultima causa di estinzione ; dall' altra , la nullità che forma l'oggetto di una domanda riconvenzionale ; dunque il Codice comprende col nome di ***azione di nullità*** qualunque domanda di annullamento o principale o riconvenzionale. Pertanto il periodo di dieci anni, stabilito come massimo dall'art. 1304 (1258), si applica tanto alla riconvenzione che alla domanda ordinaria, tanto all'eccezione che all' azione principale.

880. E come mai avrebbe potuto il nostro Codice adottare in ciò la regola del dritto romano? In Roma l'azione era perpetua, perchè il debitore nella circostanza per cui specialmente era sorto il principio (nel caso di dolo preveduto dalla succennata legge 5ª) *non aveva dritto*, finchè il contratto non era stato eseguito, d'*intentare l'azione*, potendo solo fare annullare per eccezione avverso la domanda diretta contro di

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Rescissione*, 5 *bis*); (Delvincourt (t. II); Vazeille (*Prescr.*, II-572); Solon (II, 498); Zachariae (II, p. 446); Pau, 11 dicembre 1835; Limoges, 28 maggio 1836; Nimes, 20 giugno 1839; Orléans, 27 maggio 1842; Rig., 8 novembre 1842 (Dev., 36, 2, 185; 39, 2, 69 e 335 ; 44, 1, 129).

(2) Toullier (VII, 600); Delvincourt (t. II); Dalloz (p. 639-640); Solon (II, p. 493); Zachariae (II, p. 443).

lui. Era quindi necessario che l'eccezione, unico mezzo di annullamento in tal caso, fosse durata quanto l'azione che dovea respingere. Ma oggi che l'obbligato in tutte le possibili ipotesi può intentare nei dieci anni una azione per annullarsi la obbligazione che pretende viziosa, non v'era alcuna ragione per fare che l'eccezione durasse oltre a tal termine. Oggi che l'annullamento può domandarsi da tutti e in tutti i casi nel corso di dieci anni, la legge non dovea permettere che vi si giungesse con altro mezzo, scorso quel termine già forse troppo lungo. Nè questo solo: la legge se lo avesse fatto, sarebbe stata in contraddizione con se stessa, avendo ristretto il termine al massimo di dieci anni, perchè ha scorto nella inazione durata per quel periodo una tacita ratifica della obbligazione che poteva annullarsi. Se scorsi dieci anni di silenzio per parte di colui che poteva dolersi, la obbligazione si ha con ragione come ratificata, non è più lecito che se ne proponga ancora la nullità. Pertanto il massimo termine è di dieci anni, scorso il quale oggi non si può far più valere la nullità in qualsiasi modo.

E in questo senso fu votato e decretato il nostro articolo, come ne fa prova la relazione al Tribunato. La quale, presentata con molta chiarezza la distinzione fra l'atto propriamente nullo, e l'atto capace di essere annullato, li mette in opposizione l'uno all'altro, appunto perchè si potrà proporre la nullità del primo per eccezione in qualsiasi tempo, non potendosi per l'altro che nel termine del nostro art. 1304 (1258), scorso il quale si terrebbe l'atto come ratificato: « Se la obbligazione contratta è senza oggetto o senza causa, o per una causa illecita, è ben naturale che colui il quale ha soscritto la obbligazione, *in qualsiasi tempo* SI AGISCA contro di lui, possa *sempre* RISPONDERE di non esservi obbligazione. *Ma se l'obbligato fosse un minore, una donna maritata*, non sarebbe fuori l'andamento comune che *il tempo* DELLA RESTITUZIONE *non fosse ristretto*? In tal caso si doveva dir solamente che colui il quale aveva soscritto la obbligazione, *potrebbe non adempierla*. L'*interesse pubblico* imponeva che si desse *un termine*. Similmente *il soccorso* accordato dalla legge a coloro che non dan libero il consenso *deve invocarsi in un determinato termine*; scorso il quale e non *fattosi alcun richiamo*, si deve presumere la RATIFICA ». (Fenet, pagina 370, 371). Qui la obbligazione nulla si oppone a quella che può annullarsi appunto nel caso in cui *si agisce* contro lo obbligato, ed ei vuole opporre la nullità della obbligazione come in *risposta* all'azione, cioè per eccezione; per la obbligazione nulla si può fare in qualunque tempo la eccezione; per la obbligazione che può annullarsi si può fare nel termine stabilito dalla legge.

A fin di sostenere che dal Codice è stata mantenuta la regola *quae temporalia*, si è detto, che un interdetto che avesse fatto un atto, essendo affatto scemo di ragione, non potrebbe posciachè si è tolta la interdizione esercitare un'azione perchè quello si dichiari nullo, di maniera che l'altra parte che ha lasciato scorrere dieci anni dal dì che la interdizione fu tolta, potrebbe nel nostro sistema domandar che si eseguisse lo adempimento dell'atto, senza che colui che fu interdetto potesse farlo dichiarar nullo. — Due risposte a siffatta obbiezione. La prima è, che l'atto di un uomo scemo affatto di ragione (come si suppone) *non può* soltanto annullarsi nel nostro sistema, ma è evidentemente nullo e inesistente, perchè vi manca la volontà, il consenso; di guisachè la nullità potrebbe opporsi per eccezione non solo nei dieci anni, ma sempre. La seconda è, che anche nel sistema (già confutato e che non può in vero concepirsi) in cui l'atto di un demente legalmente esistesse, e potesse soltanto rescindersi nei dieci anni, tal periodo potrebbe sempre correre dal dì in cui il demente, riavuto l'intelletto, avrebbe conosciuto l'atto, secondo ciò che dicemmo nel numero II.

881. È dunque certo, che la regola *quae temporalia* è una di quelle tradizioni rotte dal nostro dritto moderno e che non hanno oggi alcun fondamento, alcuna impor-

tanza, almeno per quanto riguarda gli atti che possono annullarsi. Per gli atti rigorosamente nulli, la regola esiste ancora, avvegnachè, ove l'atto non esista, la eccezione di nullità fosse necessariamente perpetua, sebbene l'azione non possa durare oltre il trentennio. Così allorquando oltre il prezzo stabilito in una convenzione, per la quale ho acquistato il vostro ufficio di notaro, vi ho promesso 20,000 fr. a completare il prezzo segretamente fra noi stipulato, io potrei, quando che mi sieno richiesti i 20,000 franchi dopo 35 o 40 anni (essendosi sospesa la prescrizione in vantaggio del vostro credito), opporre la nullità della mia obbligazione che non ha mai esistito, essendo contraria all'ordine pubblico. Ma se io volessi allo stesso tempo o con una azinne farla dichiarar nulla, se pagativi i 20.000 franchi io volessi far annullare la obbligazione e ripetere la somma come indebitamente pagata, non sarebbe accolta la mia azione, perchè qualunque azione prescrivesi in trenta anni (art. 2262 (2169)). La nullità assoluta, la inesistenza della obbligazione, sebbene possa sempre opporsi per l'indole sua stessa, può esser invocata a tempo con una azione principale: e la regola *quae temporalia* è vera in un certo senso, ristretta a tal caso.

In un certo senso e non rigorosamente, la nullità propriamente detta e che non può sempre opporsi per eccezione, non lo si può più per azione dopo trent'anni dal dì che l'atto nullo è stato eseguito. Infatti, essendo un atto realmente nullo, non si può intentare contro di esso alcuna azione: in qualunque tempo e circostanza, nel caso stesso di una azione sperimentata dopo 40 o 50 anni, gli è sempre vero che l'atto non ha mai esistito, nè potuto quindi generare alcuno effetto. Dopo 35 anni dal giorno che io vi ho pagato in forza di tale atto, riman sempre vero che esso non ha mai avuto alcun valore, che il mio pagamento quindi è stato fatto indebitamente, e mi ha reso vostro creditore; il volger del tempo non muta nulla, e non fa se non estinguere il mio credito. Così ciò che si prescrisse in tal caso non è un'azione di nullità dell'atto, non il dritto di farlo dichiarare inesistente, ma l'azione che era nata in mio favore contro di voi dall'indebito adempimento dell'atto.

IV.—882. Il nostro articolo che restringe al massimo di dieci anni la durata dell'azione, deroga al principio che le azioni durano in generale trent'anni, di maniera che non bisogna estendersi oltre il suo oggetto. Non si dimentichi che qui trattiamo della domanda di nullità delle convenzioni aventi in sè un vizio per cui si possano rescindere.

E dapprima, si tratta solo delle convenzioni per modo che la regola si applicherebbe ad una donazinne fra vivi, dacchè è una vera convenzione (art. 894 (814). n. I), ma non ad un testamento.

883. Si tratta poi dello annullamento e non della nullità propriamente detta, per cui, come abbiam veduto, l'azione (in quanto dee produrre un utile effetto) durerebbe trent'anni (e l'eccezione sempre). L'articolo pertanto non si applica alle convenzioni che non sono altro che un fatto senza esistenza giuridica, o perchè vi manchi il consenso, o perchè l'obbligazione che si volea fare era senza oggetto o causa, ovvero con una causa od un oggetto non leciti. Quindi dobbiamo rigettare come erronea (la giurisprudenza lo ha pur fatto) la dottrina di Toullier (VII, 561), Duvergier (*Vendita*, I-230) e Zachariae (II, pagina 440), i quali insegnano la convenzione che ha per oggetto una eredità futura, essere governata dal nostro articolo e potersi solo impugnare nei dieci anni dal giorno dell'apertura della successione. Infatti, tenendosi dalla legge come contrario ai buoni costumi, siccome i cennati scrittori riconoscono, lo avere ad oggetto d'una convenzione una futura successione, ne segue che tal convenzione che si è formata in fatto, non lo è in dritto; ella è rimasta nulla. Il nulla non può ratificarsi; e poichè i nostri medesimi scrittori dichiarano la prescrizione decennale non applicarsi agli atti che non sono suscettivi di ratifica, la decisione che noi combattiamo si

confuta coi loro stessi principl. Invano secondo Toullier la successione appena aperta può esser l'oggetto d'una convenzione, e quindi l'atto può essere ratificato. Lo errore è in ciò: l'apertura della successione, il mettersi l'oggetto in commercio potrà far nascere una nuova convenzione, come è stato detto da una delle soprariferite decisioni, ma non potrebbe far ratificare la antica che giuridicamente non esiste, avvegnachè il nulla non potrebbe ratificarsi *quod non est confirmari nequit.*

Tal verità è bandita da Vazeille (*Prescr.*, II, n. 547) e da Troplong (*Vendita*, I, 249); dalla giurisprudenza ora è costantemente abbracciata dopo un ondeggiamento durato fino al 1834 (1).

Adunque una siffatta convenzione, se non si sarà rinnovata dopo la apertura della successione sarà come non avvenuta, e quindi delle due cose l'una: o la canvenzione non si sarà eseguita, e allora in qualunque tempo agissero quelli che ne vorrebbero lo adempimento sarebbero respinti per eccezione; ovvero si è eseguita, e coloro cui per essa si attribuiscono questi e quei beni, se ne sono messi in possesso, e allora la parte, la quale affin di ripetere i beni dovrebbe sperimentare non un'azione di nullità dell'atto (non potendosi impugnare il nulla) ma la rivendica (perchè legalmente non ha mai esistita alcuna convenzlone) potrebbe utilmente agire fino a tanto che gli avversari non avrebbero prescritto la proprietà dei beni, val dire entro i trenta anni dal dì che si sono posti in possesso. In questo senso soltanto e per indiretto, come spiegammo al n. III, nelle nullità propriamente dette la prescrizione di trent'anni si applica all'azione, sebbene la nullità in sè stessa si possa sempre opporre.

884. Infine per applicarsi il nostro articolo è anche necessario che la convenzione sia da annullarsi per una causa che l'ha viziata fin dal principio, nè si dovrà estendere la regola alle *risoluzioni* di contratto. Se a far dichiarare come non avvenuto un contratto, si allega la condizione risolutiva stipulata in esso (non importa se espressamente o tacitamente), si allega una clausola della convenzione. Per modo di esempio, una vendita racchiude sempre queste due idee: « 1° Vi vendo la tal cosa per il tal prezzo; 2° se voi non pagate il prezzo io potrò far dichiarare come non avvenuta la vendita » quindi se io domando la nullità della vendita per il non adempito pagamento, io voglio solo che si applichi la seconda parte della nostra convenzione. Se invece io voglio far annullare un contratto per errore, violenza, minore età, ec. io miro a contraddire assolutamente alla convenzione. Nel primo caso esercito un dritto rigoroso conceduto mi dal mio avversario, nel secondo uso di un favore conferitomi dalla legge per salvarmi dalla mia inesperienza o dalla mia imprudenza. I due casi adunque differenziano radicalmente; e la regola di eccezione, posta per il secondo, non può quindi al primo estendersi che riman così soggetto alla prescrizione trentenaria.

Gli scrittori riconoscono questa verità (2); ma non fan ben comprendere cotesta distinzione, facendo capo meno alle cose, e più alle parole *rescissione e risoluzione*. *Risolvere*, *rescindere*, *annullare*, *cassare*, *annientare* sono al postutto a un dipresso sinonimi, importano distruggere ciò che esisteva; nè si comprenderà a primo aspetto, come la risoluzione di un contratto differisca molto dalla rescissione o dall'*annullamento* di esso. Le idee di Toullier intorno a ciò non sono soltanto vaghe e indeterminate, ma del tutto inesatte. Dopo aver detto che in contrapposto alla rescissione « La *RISOLUZIONE* è *un termine che comprende i modi DI RISOLVERE*, aggiunge che la risoluzione suppone che il contratto ha esistito, men-

(1) Limoges, 6 aprile 1838; Aix, 2 febbr. 1840; Bastia (1839), confermata in cassazione, 8 novembre 1842; Rennes (gennaro 1843), confermata in cassazione, 14 novembre 1842; Metz (1844), confermata in cassazione, 11 novembre 1845 (Dev., 38, II, 501; 40, II, 359; 43, I, 33, 44, I, 229; 45, I, 785).

(2) Toullier (VII, 551); Duranton (XII, 552); Zachariae (II, 443).

tre la rescissione suppone che il contratto abbia solo esistito apparentemente e non mai realmente ». L'errore è manifesto : l'atto che può rescindersi esiste come l'atto che può risolversi: la differenza che mal vi scorge Toullier, è quella per cui distinguonsi gli atti rescindibili o risolubili, dall'atto propriamente nullo e che non esiste; la differenza dell'atto risolubile da quello rescindibile si è, che questo può annullarsi per un vizio che l'ha guastato *ab initio*, mentre l'altro si è formato regolarmente e ha visto sorgere *ex post facto* la causa per cui può annullarsi.

1305 (1259). — **La semplice lesione dà luogo alla rescissione in favore del minore non emancipato contra qualunque sorta di convenzione ; ed in favore del minore emancipato , contra tutte le convenzioni che oltrepassano i limiti della sua capacità, siccome è determinato nel titolo della minore età, della tutela e della emancipazione.***

SOMMARIO

I. Controversia intorno il senso dell'articolo e la natura della incapacità del minore. Si espongono i due principali sistemi seguiti dagli scrittori.
II. Confutazione di un terzo sistema di Merlin, e di un quarto di Demante, l'uno e l'altro da non ammettersi.
III. Il sistema della legge, per quanto possa essere incoerente, è quello dei principali sistemi secondo cui per la incapacità del minore si può chiedere la rescissione per lesione. Errore di Toullier, Demante, ec.
IV. Osservazioni e riepilogo.

I. — 885. È molto controverso ed è in vero un punto assai delicato per quanti non ricorrano ai lavori preparatori, quando il nostro articolo accordi ai minori la rescissione per lesione, e quali sono quindi nel sistema del Codice civile l'indole e gli effetti della capacità dei minori.

Si sono proposti quattro sistemi sopra due dei quali soltanto noi ci fermeremo.

Nel primo la rescissione per lesione ordinata dal nostro e dai seguenti articoli, è accordata ai minori indipendentemente dalla nullità per incapacità risultante dagli articoli 1108, 1124 (1062, 1078).

Così quando un minore non emancipato e che deve quindi essere sempre rappresentato o dal padre, amministratore legale, (art. 389 (312)) o dal tutore (art. 450 (373)), avrà fatto un atto, ovvero quando un minore emancipato avrà fatto uno di quegli atti che non è autorizzato a fare da sè solo (art. 481 (404)), l'atto potrà farsi annullare per ragion d' incapacità. Se invece l'atto è stato fatto regolarmente dal rappresentante legale del minore non emancipato, dal minore emancipato debitamente assistito dal curatore, non potrà esser più dichiarato nullo, ma secondo il nostro articolo darà luogo ad una restituzione straordinaria per lesione, la quale permetterà al minore assolutamente in tutti i casi, di impugnare i suoi atti; cosa che il maggiore può fare in taluni casi (articolo 1313 (1267)).—Oltre tal *nullità per incapacità* negli atti fatti dal solo minore che non ne era capace, e della *rescissione per lesione* in quelli fatti con l'intervento del rappresentante legale o del curatore, evvi pure *nullità per mancanze di forme* anche negli atti fatti dal padre o dal tutore o con l'assistenza del curatore se la loro importanza richiedeva forme speciali (art. 457, 467 (380, 390)), le quali non sono state adempite.

Questa semplice e naturale dottrina abbracciano Toullier (VI, 106, VII, 573, ove

* Qualora la tutrice conviene edificarsi un molino nel fondo del minore; e questi invece di proporre azione per restituzione in intero contro l'oprato della tutrice, dimanda la proprietà del molino, debbe conservarsi l'oprato della tutrice. C. S. di Napoli, 2 settembre 1851.

rinvengonsi idee inesatte che noi abbiamo di sopra notate); Demante nella sua prima edizione (II, 780); Troplong che la sostiene con ragioni più sode che i primi (*Vendita*, n. 166); ed anche da noi per molti anni.

Nel secondo sistema, la rescissione per lesione accordata al minore dal nostro articolo è appunto la medesima che la nullità derivante dalla sua incapacità; il nostro art. 1305 (1259) e i seguenti applicano e svolgono la parte degli art. 1124, 1125 (1078, 1079) che riguarda i minori; il primo dei quali dichiarando i minori « incapaci di *contrarre* » intende semplicemente « incapaci di fare un contratto *inoppugnabile per lesione* ». Il nostro articolo 1305 (1259) pertanto si applica solo agli atti fatti dal solo minore fuori la sua capacità. Gli atti regolarmente fatti dal tutore o con l'assistenza del curatore, non possono impugnarsi per lesione (salvi i casi speciali in cui gli atti dello stesso maggiore potrebbero impugnarsi per tale cagione).—Se non che saran sempre nulli, come vuolsi nel primo sistema, gli atti che si fossero fatti senza quelle formalità che erano per essi richieste (1).

II. — 886. Cotesti due sistemi non discordano in ciò che riguarda gli atti soggetti a speciali formalità. Un terzo sistema che differisce dal secondo in quest'ultimo punto, vuole che la rescissione per lesione sia il solo espediente del minore, tanto per gli atti soggetti a speciali forme, che per gli altri: lo abbracciano Merlin (*Quistione* alla parola *Ipoteca*, § 3) Marbeau (*Transaz.*, num. 42) e l'ha rigettato Duranton, che prima lo adottò nel suo trattato dei contratti. Come mai il legislatore avrebbe richiesto tante cautele se avesse tenuto nulla importare la loro mancanza? Così ad esempio, un fitto può esser fatto dal tutore senza alcuna formalità; invece la vendita d'un immobile deve farsi con deliberazione del consiglio di famiglia confermata dal tribunale, intese le conclusioni del pubblico Ministero allo incanto, dopo affissi, ec. Or qual differenza vi sarebbe nel sistema di Merlin e Marbeau fra il fitto e la vendita di immobili, l'uno e l'altra fatti dal solo pupillo? Nessuna; l'uno e l'altro si sono validamente fatti, e non potrebbero essere impugnati che per provata lesione! Come mai si può credere che i due atti sieno pareggiati, mentrechè per l'uno si vogliono tante formalità, e nessuna per l'altro.

Dobbiamo confessare, qualunque sia il sistema che si adotti, che gli atti sarebbero nulli ove mancassero le forme. Ciò esce dall'articolo 1311 (1265) che oppone l'uno all'altro, parlando del minore, l'atto *che può soltanto rescindersi* e quello *nullo nella forma*. Nello spiegare questo articolo vedremo che le forme sono appunto quelle che proteggono la minore età.

Un quarto sistema è sorto allato al terzo, per una modificazione recata da Demante nella sua seconda edizione al primo sistema, che egli prima abbracciò puramente e semplicemente. Egli tuttochè mantenga che il nostro articolo ammette la rescissione per gli atti regolarmente fatti dal tutore o con l'assistenza del curatore, propone come partito mezzano fra i contrari sistemi che si ammetta anche la rescissione per lesione e non la nullità per incapacità contro gli atti che il minore avrebbe fatto da solo sebbene inabile a ciò (II, 782 *nota*).

Questo sistema, ritenuto anche per bizzarro dallo stesso autore, non può accogliersi meglio che quello di Merlin. Difatti, come avrebbe il legislatore voluto pareggiare gli atti regolarmente compiuti dal tutore, o colla assistenza del curatore, e quelli fatti dal solo minore fuori la sua capacità? Si comprende che i primi si possono soltanto rescindere per lesione, e gli altri senza di questa annullare, come vuole uno dei due sopra esposti sistemi; e similmente, che i secondi potendo rescin-

(1) Il secondo sistema è seguito e presentato più o meno esplicitamente da Proudhon (I, cap. 16, sez. 2 e 5); Delvincourt, Duranton (X, 80 a 88); Zachariae (VII, p. 429 e 432); Solon (I, n. 71 e seguenti); Valette (Osservazioni delle sez. 2 e 5 di Proudhon) e Pont che l'ha sviluppato in modo soddisfacente nella *Rivista di legislazione* (XXI, p. 217-242).

dersi per lesione sieno i primi del tutto inoppugnabili come l'altro sistema insegna; ma non può essere che gli uni e gli altri sieno esattamente pareggiati. Infatti se gli atti che la legge vuole si facciano dal tutore o colla assistenza del curatore dovessero anche valere fatti dal minore solo, non si sarebbe certamente ordinata la tutela e curatela che a *nulla* dovrebbero servire!

Delle due cose l'una: o la rescissione per lesione è il risultamento della incapacità del minore che sarà tutta speciale (come stimano Proudhon, Delvincourt, Duranton, ec.); e allora essa potrà domandarsi solo quando l'atto sarà stato fatto dal minore che ne era incapace; ovvero la rescissione è indipendente dalla incapacità che sarà sempre quella generale ed ordinaria (secondo che si avvisano Toullier, Troplong, e lo stesso Demante); e allora tale incapacità dee produrre il suo effetto cioè, il dritto di fare annullare l'atto senza pur bisogno di lesione.

887. Adunque possiamo restringere i sistemi a due soli, dei quali l'uno dichiara che il minore può essere restituito in intero *come minore* per gli atti fatti da lui fuori la sua capacità, e *come leso* per quelli fatti dal tutore e con l'assistenza del curatore; mentre l'altro vuol che sia restituito in intero per cagion di lesione pei primi, e che non possa affatto pei secondi.

Nel primo sistema, la legge volendo che il minore non possa essere restituito in intero per cagion di lesione in alcuni atti pei quali si sono adempite le formalità richieste (articolo 1309, 1314, 463 (1263, 1268, 386)) fa una *eccezione* che ben si spiega con le garenzie maggiori da cui l'atto è difeso; il che è anche provato da ciò che il legislatore non avrebbe al certo dichiarato impossibile la restituzione per lesione in certi casi speciali se fosse stata la regola generale. Nel secondo sistema invece si applica il principio generale; come il legislatore ha formalmente espresso per alcuni casi dovendo immutare l'antico dritto che specialmente in quei casi permetteva la restituzione.

Bisogna scegliere fra i due sistemi.

III.—888. Se si dovesse *a priori* senza badare ai testi del Codice, stabilire il miglior sistema di protezione dei minori, forse non adotteremmo nè l'uno nè l'altro; parendoci che il primo accordi troppo ai minori, e assai poco il secondo. Se si dovesse scegliere il più logico sotto il punto di mira del Codice, e che sia più in armonia con tutte insieme le sue disposizioni, non dubiteremmo di conservare il primo seguito fino ad ora da noi, perchè il secondo accusa nella leggo una incoerenza di idee realmente strana.

Ma devesi trovare non il miglior sistema possibile assolutamente, nè anche il più logico fra quelli a cui si possano piegare i testi del Codice, ma vuolsi indagare francamente la volontà del legislatore. Ci sembra certo in oggi, ch'egli abbia voluto abbracciare il secondo sistema, e stimiamo che se gli interpetri fossero stati intenti a indagare non ciò che la legge dovea fare, ma ciò che ha fatto, a non mutare (come spesso si suole) una quistione *di dritto* in quistione *di legislazione*, e specialmente di esaminare intorno alla quistione presente i lavori preparatori del Codice, non vi sarebbero certamente state sì discordi opinioni.

889. La rescissione per lesione si accorda al minore per gli atti fatti da lui solo, e che dovevano esserlo dal tutore, o da lui con l'assistenza del curatore. In altri termini, il minore è incapace; ma non tale come l'interdetto o la donna maritata, e quindi l'atto da lui fatto non si annulla per se stesso, ma per cagione della lesione che gli reca. Buono o cattivo, logico o no, bene o male presentato, è questo il sistema del Codice.

Abbiamo detto che tal sistema anche senza valutarsi in sè stesso, e senza ricorrere alle considerazioni più o meno efficaci per le quali può essere censurato (nelle quali considerazioni non si potrebbe mai aver fede nello quistioni di dritto, dacchè mirano a sostituire il pensiero, buonissimo forse, dell'interpetre a quello della legge) rende tutte insieme le disposizioni del

Codice stranamente confuse e incoerenti.

In effetto, l'art. 1108 (1062) stabilisce come principio fondamentale, essere essenziali alla validità di una convenzione quattro condizioni, e fra queste *la capacità di contrarre*; di poi gli art. 1124 e 1125 (1078 e 1079) dichiarano *incapaci di contrarre*, pareggiandoli tutti, gli interdetti, le donne maritate e con essi i *minori* i quali sono anzi posti i primi. Più innanzi la nostra sezione spiegherà o meglio stabilirà implicitamente, che la incapacità del minore differenzia moltissimo da quella dell'interdetto, e della donna maritata, e che il minore è incapace non già di contrarre, ma solo di *recarsi alcun pregiudizio* col suo contratto! Non contraddice esso apertamente all'art. 1124 (1078) dicendo che i minori *son capaci di contrarre* e possono solamente essere restituiti in intiero per lesione? E quando i minori, salvo che per lesione non debbano essere restituiti, sono capaci di contrarre da sè stessi, e senza bisogno di curatore nè di tutore, fino a quale età lo saranno essi? Un fanciullo di sette o otto anni potrà dunque, eccettuone solo la restituzione per lesione, far delle convenzioni obbligatorie.

890. Ma tal sistema (la censura del quale potrebbe spingersi più in là) per quanto sia vizioso, almeno quale è scritto nel Codice, è certamente abbracciato dal legislatore: di che son prova 1° i testi della nostra sezione; 2° il raffronto del Codice con l'ultimo stato dell'antico dritto; e 3° specialmente le spiegazioni date al Tribunato e al Corpo legislativo.

1. E primieramente, i testi della nostra sezione suppongono sempre atti fatti dallo stesso minore, e non mai dal suo rappresentante. Così l'artic. 1304 (1258) parla successivamente degli atti delle donne maritate fatti senza autorizzazione, di quelli degli interdetti, e infine di quelli *fatti dai minori*.—L'articolo 1305 (1259) e l'articolo 1306 (1260) che n'è accessorio, non accennano punto al caso di un tutore che agisca per il minore.—L'art. 1307 (1261) tratta del caso in cui il minore si fosse dichiarato falsamente maggiore, il che suppone di necessità un minore che abbia agito solo e fuori la sua capacità.—L'articolo 1308 (1262) parla delle obbligazioni fatte dal minore trafficante per ragion del suo traffico, le quali egli potrà far solo e senza tutore, nè curatore.—L'art. 1309 (1263) si occupa delle convenzioni matrimoniali nelle quali il minore, anche sotto tutela, agisce in persona.—L'artic. 1310 (1264) tratta delle obbligazioni cui va soggetto il minore per cagione del suo delitto, o quasi-delitto, e quindi lo riguarda pure in un caso in cui ha agito solo. Lo articolo 1311 (1265) dichiara che l'atto *sottoscritto* dal minore non può più impugnarsi quando egli l'ha ratificato nella sua maggiore età.—L'art. 1312 (1266) parlando dello effetto dello annullamento ottenuto dalle donne maritate, dagli interdetti o dai minori si riferisce per ciò all'articolo 1304 (1258), e suppone quindi come esso, atti fatti dalla donna maritata, dall'interdetto o dal minore. — Vanno in altro ordine di idee gli art. 1313 e 1314 (1267 e 1268) dei quali il primo si riferisce solo ai maggiori, il secondo dichiara che anche gli atti più importanti che interessano i minori si reputano fatti dai maggiori quando si son compiute le formalità richieste. Così tutti gli articoli della nostra sezione, meno gli ultimi due, trattano del minore che agisca da se, e compia l'atto di cui è incapace; e mentre Pothier (*Proc. civ.*, parte 5, cap. 4, art. 2, § 1) diceva francamente che il minore doveva essere restituito « per gli atti fatti da lui senza l'autorità del tutore, ed anche per quelli che il tutore ha fatto nella sua qualità » il Codice non accenna per nulla ad una rescissione di atti fatti dal tutore o dal minore con l'assistenza del curatore; anzi esce appunto il contrario dall'articolo 1307 (1261) (come anche dai tre seguenti articoli) combinato con l'altro che lo precede.

In effetto, dopo essersi detto (articolo 1366 (1320)) che il minore non può restituirsi in intiero per *causa di lesione* quando questa provenga da uno evento impreveduto, si aggiunge (art. 1307 (1261))

che la semplice dichiarazione fatta dal minore di essere maggiore, non lo esclude dal beneficio della restituzione. Di certo trattasi della restituzione *per lesione*; or se il legislatore avesse voluto che un minore il quale agisca pel sè, mettendo da banda il tutore, facesse atti nulli per il fatto stesso della sua incapacità (indipendentemente dalla lesione), avrebbe detto che il minore non ostante la falsa dichiarazione conserva la sua azione di nullità, e non già che egli può essere restituito in intiero *per lesione*.

2. La mente del legislatore intorno a ciò di cui è parola, ben chiaramente rivelasi, raffrontando le regole indubbie e indubitabili del Codice Civile coll'ultimo stato dell'antico dritto. Pothier, sviluppato il diritto di rescissione per gli atti di maggiore importanza, insegna che ai suoi tempi si potevano anche rescindere per lesione gli atti di pura amministrazione fatti regolarmente dal tutore (*loc. cit.*, parag. ultimo). Or come il Codice, il quale positivamente vuole (art. 1314 (1268)) che non si rescindano gli atti importanti (come la vendita d'immobili), mentre lo antico dritto lo permetteva, avrebbe potuto volere che si rescindessero cotesti atti giornalieri, che non si potevano rescindere secondo l'antico dritto?

Si dice invano, il Codice non volere che si rescindano gli atti importanti, di cui è discorso, per cagion delle garenzie onde son difesi; ma non perciò bisogna stimare che gli atti ordinarî non si rescindano. Quelle garenzie esistevano anche nell'antico dritto, eppure gli atti si rescindevano: « Inutilmente, diceva Henrys, si saranno osservate le formalità: avvisi di parenti, relazioni di periti, decreti del magistrato; il minore potrà sempre rivendicare le cose sue, se è stato in qualche modo leso » (II, pag. 257). Bisogna ripeterlo, la rescissione non può essere oggi ammessa in quei casi in cui non era per lo antico dritto.

3. Da ultimo, se potesse rimaner dubbio, verrebbe meno in faccia alle formali spiegazioni che furon date quando si adottava il nostro titolo. In questi sensi il nostro artic. 1305 (1259) fu presentato al Corpo legislativo: « Risulta dalla *incapacità* del minore non emancipato bastare *che egli provi una lesione*, perchè l'azione di rescissione sia fondata....*Per la sua incapacità egli non può esser leso*, *ma* NON GLI È INTERDETTO DI POTER CONTRATTARE » (Fenet, t. XIII, p. 283.—E presso il Tribunato fu apertamente annunciato: che « Quanto *alle donne ed agl'interdetti*, costoro dovrebbero soltanto *invocare la loro incapacità*..... Se è un minore non emancipato, *la semplice lesione* dà luogo alla rescissione. *Egli non sarà restituito*, come minore, ma lo potrà essere *come leso*. Se è un minore emancipato, e se la convenzione eccede i limiti *della sua capacità*, egli può prevalersi *della semplice lesione* ». (*ibid.*, pag. 371-372).

Dippiù cotale questione si è finalmente presentata ai 18 giugno 1844 alla Corte suprema, da cui si voleva da molto tempo giudicato, ed è stata decisa colla maggiore chiarezza, secondo la nostra opinione, (Devil., 44, 1, 447).

IV.—891. Così il minore non può esser restituito per tutti gli atti fatti regolarmente dal tutore, o con l'assistenza del curatore, ed anche per quelli che egli avrebbe fatto da sè, ma con l'assistenza del tutore. Imperocchè, sebbene nel nostro dritto il tutore debba rappresentare il minore e non solo autorizzarlo, pure l'atto sarebbe certamente valido con l'intervento di lui, avvegnachè egli col suo concorso e consenso ne assumesse la risponsabilità come se lo facesse da sè solo: essendo l'atto allora fatto dal pupillo e dal tutore insieme, la presenza (inutile e irrilevante) del primo non potrebbe rendere inefficace quella (necessaria) dell'altro.

Quanto agli atti fatti dal solo minore fuori la sua capacità (cioè, qualunque atto se non è emancipato, e se lo è, qualunque atto per cui richiedesi l'assistenza del curatore) il minore potrà nei dieci anni che corrono dal dì della maggiore età, farli rescindere provando che l'atto gli abbia recato un qualche danno.

Tocca a lui la prova della lesione che pretende aver sofferta, ciò spettando sempre a colui che metta innanzi una pretensione. E di certo la lesione deve essere di qualche momento, se non grandissima, volendo la legge che la rescissione si ammetta per la *semplice lesione*; la quale disposizione come qualunque altra, deve intendersi secondo ragione, cioè, deve essere sensibile e da aversi in considerazione; il giudice non potrebbe tenere ragione d'una bagattella, *de minimis non curat praetor*.

892. Un' ultima osservazione. Sebbene la legge non voglia che il minore (come la donna maritata, l'interdetto e colui che è soggetto a un consulente giudiziario) faccia dichiarar nulli i suoi atti pel solo fatto della incapacità, poichè li tiene come validamente compiuti, salvo l'effetto della lesione; pure non si può ritenere che legalmente esista la convenzione d' un minore che non abbia ancora sviluppo di ragione come un fanciullo a cinque anni. Gli atti saranno validi salvo lo effetto della lesione, se fatti da minori che abbiano già *l'animi judicium* ; gli atti di quelli, che ne son senza, non saranno nulli per la incapacità legale che risulta dalla minore età (articolo 1124 (1078)), e che fa venir meno la seconda delle quattro condizioni dell'articolo 1108 (1062), ma perchè manca la prima delle condizioni ch' è il consenso. E in tal caso l'atto sarebbe *nullo* nel senso stretto della parola, dappoichè, siccome più volte abbiamo detto, la convenzione non è valida, se il consenso è vizioso; ma se manca affatto, essa non può nè anco esistere. Se il minore abbia o no potuto consentire, se il suo atto debba dichiararsi nullo, o riconoscersi valido salva la prova della lesione, sarà ciò che valuterà il magistrato (1).

1306 (1260).—Il minore non può restituirsi in intero per causa di lesione, quando questa derivi soltanto da un avvenimento casuale e non preveduto.*

893. Perchè un minore possa far rescindere un atto per lesione, questa deve risultare dall'atto medesimo e non da un accidente posteriore, e l' atto dev' essere la causa, e non l' occasione del danno. Così, se il minore ha comprato un animale che dipoi muore per caso fortuito, ovvero una casa che appresso è incendiata, egli non può restituirsi in intero; dappoichè il danno da lui sofferto non deriva dal contratto, ma da un accidente posteriore ed impreveduto.

Il danno deve risultare dall'atto, ma ciò deve intendersi con una certa latitudine, cioè tanto dall'atto in sè stesso, che dalla sua esecuzione, e dai fatti che naturalmente trae con se.

Se il minore ha venduto per 400 fr. un oggetto del valore di 500, la lesione è nello stesso contratto e può rescindersi; e similmente, se il compratore tuttochè riceva l'oggetto per il suo giusto valore, ne abbia imprudentemente pagato il prezzo a un giovane stolto che l'avesse sciupato in matte spese. Il danno deriverebbe allora dalla esecuzione dell'atto, da un fatto che il compratore potrebbe di leggieri prevedere, e non già da un *accidente casuale ed impreveduto*.

(1) Ecco un'altra prova di quanto dicemmo sotto l'art. 1108 (1062), n. III, che l' atto di un interdetto nel punto che è senza ragione, non potrebbe solamente annullarsi per incapacità, ma sarebbe propriamente nullo per manco di consenso. Infatti, ammesso con Zachariae ed altri scrittori, che la incapacità legale e generale che difende sempre lo interdetto, assorba e faccia venir meno la nullità per manco di consenso, di maniera che in qualsivoglia circostanza l' interdetto potrà solo trar partito dalla incapacità, dovremo dire altrettanto della incapacità del minore. Così salva la restituzione non comune per ragion di lesione, sarebbe pienamente valida e da non potersi impugnare, la convenzione fatta da me con un fanciullo di tre o quattro anni: ecco a che si giungerebbe!!!

* Non è censurabile il convincimento che niuna lesione abbiano sofferta i minori per le alienazioni de' loro beni. C. S. di Napoli, 26 febbraro 1856.

1307 (1261).—La semplice dichiarazione fatta dal minore, di essere maggiore non lo esclude dal beneficio della restituzione.

894. Dai nostri antichi scrittori si era fatto osservare, che un minore il quale semplicemente si è dichiarato maggiore senza darne alcuna prova, doveva anche essere restituito, poichè colui che tratta con un minore può non rimaner contento della dichiarazione, e una tal clausola se potesse impedire la rescissione, diverrebbe comune in tutte le convenzioni. Ma si è sempre riconosciuto che il dritto di far resciudere verrebbe meno se il minore, anzichè far solamente una dichiarazione pura e semplice, ingannasse intorno all' età sua con fraudolenti raggiri, come con un falso atto di nascita (Pothier, *loc. cit.*; Domat, p. I, lib. 4, tit. 6, lez. 2, n. 7).

È ben ragionevole, e formalmente fu dichiarato al Corpo legislativo e al Tribunato, che la cosa non sarebbe diversa sotto l'impero del Codice.

1308 (1262).—Il minore che è negoziante, banchiere o artigiano, non può restituirsi in intero contra le obbligazioni contratte per ragione del suo commercio o della sua arte.

895. Secondo l' art. 487 (410) il minore legalmente autorizzato che esercita un traffico, è considerato maggiore pei fatti relativi al traffico istesso. Giusta l'articolo 2 (6) del Codice di Commercio il minore è considerato capace e maggiore per esercitare il traffico, purchè: 1° sia emancipato; 2° abbia diciotto anni compiti; 3° sia autorizzato dal padre, o in mancanza di lui, dalla madre, o in mancanza dell'uno e dell'altra, da una deliberazione del consiglio di famiglia confermata dal tribunale civile; 4° infine l'atto che lo autorizza sia registrato ed affisso al tribunale di commercio.

1309 (1263).—Il minore non può restituirsi in intero contra le convenzioni stipulate nel suo contratto di matrimonio, quando sono state coll'approvazione e l'assistenza di coloro, il consenso dei quali è necessario per render valido il matrimonio.

896. Il minore per fare le sue convenzioni matrimoniali abbisogna dell'assistenza di coloro il consenso dei quali gli è necessario per il matrimonio. A mo' di esempio, una giovanetta di sedici anni che avendo per ascendente la sola avola, e sotto la tutela di uno zio o di qualunque altro, potrà fare da se col suo futuro coniuge tutte le stipulazioni e donazioni che vuole nel contratto di matrimonio, purchè sia assistita dall' avola, il consenso della quale le è solo necessario per contrarre il matrimonio (art. 150 (T)). Le convenzioni così stabilite, avranno la medesima forza, come se fatte da un maggiore: *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

1310 (1264).—Il minore non può restituirsi in intero contra le obbligazioni nascenti dal suo delitto o quasi-delitto.

897. La legge che protegge il minore dalla sua inesperienza, e dichiara che può essere restituito contro le sue convenzioni, non poteva dargli facoltà di nuocere impunemente ad altrui. Adunque il minore se non coi suoi contratti, si obbliga pienamente come il maggiore, pei suoi fatti illeciti, e dovendo ristorare il danno cagionato dai suoi delitti o quasi-delitti, non può essere affatto restituito; ma se una tran-

sazione fatta dal minore intorno ai danni-interessi fosse lesiva, potrebbe certamente rescindersi, dacchè la lesione deriverebbe allora da un contratto. Il minore potrebbe del pari essere restituito in intero contro l'atto con cui avrebbe riconosciuto il suo preteso delitto, o quasi-delitto, dappoichè egli si obbligherebbe non solo per la necessità del fatto, ma per l' effetto diretto della sua volontà: il minore che non è capace, dee aspettare che il delitto si provi, o che il rappresentante legale lo riconosca.

898. Il minore non potrebbe essere restituito se avesse trattato con un altro minore? No: egli lo è per la sua stessa qualità, assolutamente, indipendentemente dalla qualità delle persone con cui abbia contratto, quand'anche l'altro minore dovesse soffrirne danno. Così, se un minore ha tolto in prestito da altro minore una somma che poi sciupa pazzamente, la obbligazione di lui sarà rescissa, e il minore perderà la somma prestata.

Se i due minori fossero lesi l' uno e l'altro, ognuno potrà domandare la restituzione, salvo a produrre da una parte e dall'altra quegli effetti che son legalmente possibili. Per esempio, se un minore vende ad altro minore per 600 franchi un cavallo del valore di 300, e riceva, e sciupi pazzamente il prezzo prima di rilasciare il cavallo, potrà far rescindere la sua obbligazione, ma non perciò l'altro minore potrebbe riavere i suoi 600 franchi. Se invece i 600 franchi fossero stati volti in utilità del venditore, il compratore mercè la rescissione li riavrebbe , quand' anche il venditore non dumandasse la rescissione.

In breve, la rescissione potrà ottenersi sempre da uno o da ciascuno dei minori lesi; ma dove riesca impossibile, non si potranno , come è di ragione , rimettere le cose nello stato primiero. È legalmente impossibile, giusta l' articolo 1312 (1266) che il minore restituisca ciò che ha ricevuto e non è stato volto in sua utilità (Domat, *loc. cit.*, n. 18; Merlin, *Rep.*, alla parola *Min.*, § 9; Toullier, VII, 591.

1311 (1265).—Non è più ammesso ad impugnare l'obbligazione sottoscritta nella sua minore età, quando divenuto maggiore l'ha ratificata, sia che tale obbligazione fosse nulla nella sua forma , sia che fosse soltanto soggetta a restituzione.*

899. Se il minore divenuto maggiore ratifica l' atto che avrebbe potuto far rescindere, o per mancanza delle forme speciali volute nell'interesse dell'incapace, ovvero per lesione, l'atto è inoppugnabile.

La obbligazione *nulla nella forma* di cui parla il nostro articolo, è quella per cui eran richieste alcune formalità atte a proteggere la minore età, come una vendita d' immobili fatta, o dal minore, o dal suo tutore senza l'autorizzazione del consiglio di famiglia, ovvero senza che il tribunale avesse confermato l'autorizzazione. In vero , siccome il nostro articolo parla dell'atto che può divenire inattaccabile mercè la ratifica, così non può intendere un atto solenne che sia nullo per non essersi adempite le forme necessarie alla sua esistenza (un'ipoteca, una donazione); dappoichè in tal caso essendo *nullo* l'atto nel senso proprio della parola, cioè non esistente, non potrebbe ratificarsi. Nè si tratta dello forme richieste a provare la convenzione, dacchè il luogo dell'articolo ci mostra che il legislatore si occupa solo delle nullità relative alla minore età. Dunque non vi ha alcuna difficoltà intorno a ciò; e così noi possiamo risolvere un' altra quistione sorta dalla combinazione dell'articolo nostro con l'art. 1305 (1259).

900. Si è fatta quistione se gli atti fatti da un tutore senza compiere le formalità richieste (per esempio, una vendita d'immobili fatta senza autorizzazione del con-

* È valido un contratto stipulato dal minore allorquando divenuto maggiore, lo ratifica e lo esegue volontariamente. C. S. di Napoli , 6 marzo 1845.

siglio di famiglia) potrebbero impugnarsi entro ai dieci anni giusta lo art. 1304 (1258), ovvero in trenta.

Parecchi scrittori, specialmente Duranton (III, 538, X, 282, XII, 535), stimano che l'azione duri allora trenta anni, perchè il tutore che agisce in nome del suo pupillo senza le formalità dalla legge richieste, agisce senza qualità; è il medesimo che l'atto si facesse da uno estraneo, secondo Duranton, come se Pietro vendesse la cosa di Giovanni senza saputa di costui.

È questo un errore che risulta dall'avere a torto pareggiato il tutore al mandatario ordinario. Se ho dato al tale la procura di fare per me un atto con questa o quella condizione, in questa o quella guisa, egli deve all'uopo adempiere le norme da me indicate; se no, egli non è il mio rappresentante; ma non è il simile del tutore. Egli rappresenta il minore, ma la sua qualità non dipende dall'uso delle formalità, essendo fuori di qualunque condizione e derivando assolutamente dall'articolo 450 (373) secondo cui il tutore rappresenta il minore in tutti gli atti della vita civile. Dunque, se il tutore in quel dato caso agisce non secondo le regole a lui imposte, per quanto negligente o infedele sia, non lascia di essere rappresentante. Quindi l'atto fatto da lui può essere irregolare, vizioso, da annullarsi, ma non può non esistere, ed essere come non avvenuto, come quello che farebbe un estraneo in rispetto ai beni del minore.

Infatti l'atto compiuto da un tutore senza le formalità se fosse nullo propriamente, cioè non esistente, non potrebbe essere fatto valido; potrebbe *sostituirsi* da uno *nuovo*, ma non ratificarsi; *quod nullum est confirmari nequit*. La ratifica fatta dal minore divenuto maggiore sarebbe pienamente efficace. Adunque l'atto può solo annullarsi: per quanto sia vizioso e irregolare, è sempre fatto da chi *rappresenta* il minore, e quindi va soggetto alla prescrizione ordinaria di dieci anni (1).

1312 (1266).—Quando i minori, gl'interdetti o le donne maritate, sono ammessi in tali qualità ad essere restituiti contro le loro obbligazioni, non si può pretendere il rimborso di ciò che loro sia stato pagato in conseguenza di tali obbligazioni nel tempo della minore età, dell'interdizione o del matrimonio, se non quando venga provato che il pagamento fu convertito in loro vantaggio.*

901. La nullità o la rescissione dichiarata dal giudice, fa che si annulli l'atto che ne è l'oggetto, e si rimettano quindi le cose nello stato in cui prima erano.

Di che sorge che per lo annullamento o per la rescissione le parti debbano restituire ciò che abbiano potuto ricevere in virtù dell'atto nullo o rescisso. Ma a questo principio che di rigore si applica ai maggiori capaci, si fa eccezione pei minori, gl'interdetti, le donne maritate, i quali son tenuti solo a restituire nel caso che si sieno avvantaggiati: cosa che dee provare chi domanda la restituzione.

1313 (1267).—I maggiori non sono restituiti per causa di lesione se non ne'casi e sotto le condizioni specialmente espresse in questo Codice.**

(1) Giurisprudenza costante fino dal 1833; Cassazione, 25 nov. 1835; Nimes, 14 gennaro 1839; Parigi, 2 nov. 1840; Grenoble, 10 luglio 1842; Rouen, 17 gennaro 1846; Lione, 23 nov. 1850 (Rev., 36, 1, 130; 39, 2, 369; 41, 2, 134; 43, 2, 144; 47, 1, 351; 51, 2, 87). Solon (II-468); Zachariae (II, p. 445).

* L'utile versione a favore del minore, rende efficaci i contratti nell'interesse dei medesimi. C. S. di Napoli, 7 giugno 1851.

L'utile versione di un mutuo fatto ad un figlio di famiglia minore di anni 25, può provarsi con testimoni, quando esiste un principio di pruova scritta. Tal sarebbe un istrumento di compra fatta dal mutuatario pochi giorni dopo il mutuo, il quale rende verisimile, che avesse invertito a proprio vantaggio il denaro tolto in prestito, senza osservare le condizioni della legge. C. S. di Napoli, 20 marzo 1851.

** Chi chiede la esecuzione di un atto non può più impugnarlo per causa di lesione. C. S. di Napoli, 7 febbraro 1832.

902. La lesione fa rescindere in vantaggio dei maggiori 1°. le divisioni, se ella è di oltre un quarto (art. 887 (807)); 2°. le vendite di immobili (soltanto in favore del venditore) se è di più di sette duodecimi (art. 1674 (1520)).

1314 (1268).—Quando si sono osservate le formalità richieste riguardo a' minori o agl'interdetti, sia nell'alienazione degl'immobili, sia in una divisione di eredità, essi sono considerati relativamente a questi atti, come se gli avessero fatti nella maggior età, o prima della interdizione.

903. Il Codice scostandosi dal nostro antico dritto, dichiara del tutto inoppugnabili gli atti fatti in nome dei minori compiute le formalità richieste dalla legge, per cui, come ha deciso la Corte suprema ai 18 giugno 1844, la rescissione per lesione non è oggi ammessa contro alcuno degli atti regolarmente fatti dal tutore (o dal padre, amministratore legale), o con l'assistenza del *curatore*.

FINE DELLA SECONDA PARTE E DEL SECONDO VOLUME
(III e IV dell'edizione di Parigi)



SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA SECONDA PARTE DEL SECONDO VOLUME

FINE DEL SOMMARIO





